



## 저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

행정학 석사 학위 논문

# 공익 개념의 재해석

- 헌법재판소의 판례를 중심으로 한 분석 -

2013년 6월

서울대학교 대학원

행정학과 정책학 전공

전혜림

# 공익 개념의 재해석

- 헌법재판소의 판례를 중심으로 한 분석 -

지도교수 김 병 섭

이 논문을 전 혜 립 석사학위논문으로 제출함

2013년 4월

서울대학교 대학원

행정학과(정책학 전공)

전 혜 립

전혜림의 석사학위논문을 인준함

2013년 6월

위 원 장 \_\_\_\_\_ 이 석 원 (인)

부 위 원 장 \_\_\_\_\_ 정 광 호 (인)

위 원 \_\_\_\_\_ 김 병 섭 (인)

## 국문 초록

행정의 최고목표는 공익이다. 행정은 공익을 실현하기 위한 활동이다. 최근 들어 개인의 자유를 강조하며 전세계적으로 유행하던 신자유주의, 신공공관리론이 거센 비판을 받으면서 공익에 대한 관심이 다시 증가하였다. 우리가 ‘공익’의 개념을 알고자 하는 이유는 공익이 정책결정, 정책평가, 책임성과 정당성 등 다양한 가치판단의 기준으로 사용되기 때문이다.

본 연구는 헌법재판소의 판례를 통해서 ‘공익’이 어떻게 정의되고 있는지를 살펴보고 이를 통하여 ‘공익’ 개념을 재해석하는 것을 연구의 목적으로 한다. 그 이유는 기존의 법학, 행정학의 영역에서 공익의 구체적인 의미가 무엇인지에 대해서는 본격적으로 논의되지 않았기 때문이다. 헌법재판소의 판결은 다른 정부기관을 상대로 기속력을 가지고 있기에 여기서 공익이 어떠한 문구로 표현되고 있는지 확인할 필요가 있다. 생각건대 구체화된 공익의 개념을 이용하여 이를 국가 행정의 실현가치로서 인식하고 정책을 시행할 필요가 있다는 점에서 공익 연구는 의미가 있다.

저자는 분석 방법으로는 질적 연구방법으로서 내용분석을 이용하였으며, 정정길씨 주장한 공익의 네 가지 유형(공익실체설, 공동체설, 합계설, 절차설)을 참고하여 일부 수정한 개념을 사용하였다. 분석 범위는 헌법재판소가 만들어진 1988년 9월 1일을 기준으로 2013년 2월 28일까지의 위헌법률심판, 헌법소원(권리구제형, 위헌심사형)에서 ‘공익’이 언급된 판결로서 총 1,266개의 판례 중 778개의 분석 가능한 표본을 얻을 수 있었다. 778개의 표본은 공익 자체에 대하여 일정한 문구를 반복하여 사용하는 특징이 있었으며, 이를 앞에서 언급한 네 가지 유형에 따라 분류하였다.

분석 결과 헌법재판소의 판결에서 ‘공익’에 대한 유형 분포는 공익 실

체설에 따른 공익 개념은 16.97%, 공동체설의 경우 76.22%, 합계설의 경우 0.64%, 절차설의 경우 6.30%로 설명 가능했다. 이를 통해 우리는 공익이 절차설에 입각하여 설명될 수 있다는 기존의 이론적 논의와는 달리, 실제 헌법재판소 판결에서는 공동체설에 입각한 공익 개념이 지배적임을 알 수 있다.

공동체설이 강조하는 세 가지 가치는 공동체 존속, 공동체 질서, 공동체 발전으로서 이는 우리나라 헌법 제37조 2항의 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리’의 개념과 각각 일치한다. 다만 이때의 ‘국가안전보장’으로서의 공동체의 존속은 ① 협의의 국가안전보장으로서의 국방(국가의 독립, 영토의 보전), ② 헌법에 의한 국가기관, 제도의 유지, ③ 헌법과 법률의 기능을 확보하는 것으로 그 의미가 확장된다. ‘질서유지’도 ① 협의의 질서유지로서의 치안뿐만 아니라 ② 국가 형벌권의 집행, ③ 사적 영역에서 자율에 맡겼을 경우 법적 분쟁과 혼란이 야기될 경우의 국가 개입을 정당화하는 것이다. 마지막으로 ‘공공복리’는 헌법재판소가 명시적으로 헌법 제119조 이하의 조문, 재산권의 공용수용을 정당화하는 헌법 제23조 3항이 적용된다고 판시한 부분으로 해석하였다.

이처럼 헌법재판소가 생각하는 공익은 헌법 제37조 제2항에 근거한 공동체설의 입장이라 판단할 수 있다. 그러나 ‘공익’이라는 표현 자체가 불명확한 개념이기 때문에 특정 법률, 특정 사안에서 그 의미가 구체화될 수밖에 없으며 이는 입법자의 입법형성권으로 정당화된다. 따라서 우리의 행정 현실에 맞추어서 구체적인 사안에 적합한 공익 개념을 적용하되, 입법과 행정 작용에 사후적인 영향력을 미칠 수 있는 헌법재판소가 주장하는 공동체설의 공익을 고려할 필요가 있다.

**주요어:** 공익, 헌법재판소, 위헌법률심판, 헌법소원, 공동체, 헌법

**학번:** 2011-22214

## 목차

제1장 서론 .....	1
제1절 연구의 필요성과 목적 .....	1
제2절 연구의 대상과 범위 .....	5
제2장 이론적 논의와 선행연구 검토 .....	12
제1절 공익에 대한 이론적 논의 .....	12
제2절 법학에서의 공익이 가지는 의미 .....	17
제3장 연구설계 및 분석방법 .....	25
제1절 내용분석의 의의 .....	25
제2절 연구의 절차 .....	27
I. 연구의 대상과 표본 선정 .....	27
II. 공익의 유형별 코딩 구조 .....	29
1. 공익실체설의 경우-기본권의 충돌 .....	30
2. 공동체설의 경우-공동체의 존속·유지·발전 .....	36
3. 합계설의 경우 .....	39
4. 절차설의 경우 .....	39
제4장 분석 결과 .....	40
제1절 공익의 4가지 유형 .....	40
I. 공익 실체설의 공익 .....	40
II. 공동체설의 공익 .....	48
1. 공동체 자체의 존속 .....	48
2. 공동체의 질서 유지 .....	55
3. 공동체의 발전 .....	59
III. 합계설의 공익 .....	65
IV. 절차설의 공익 .....	66
제2절 위헌법률심판·헌법소원의 분석 결과 .....	68
I. 위헌법률심판의 분석 결과 .....	68

Ⅱ. 위헌심사형 헌법소원의 분석결과 .....	69
Ⅲ. 권리구제형 헌법소원결과 .....	71
제3절 공익에 대한 헌법재판소의 입장 .....	73
제5장 결론 .....	79
참고문헌 .....	82
Abstract .....	90

## 표 목차

<표 1> 공익에 대한 법학 논문 .....	19
<표 2> 공익의 4가지 유형 .....	29
<표 3> 법적으로 보호되는 가치·이익 .....	30
<표 4> 기본권의 유형 .....	32
<표 5> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(공익 실체설) .....	44
<표 6> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(공동체설 중 공동체의 존속) ....	50
<표 7> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(공동체설 중 질서유지) .....	57
<표 8> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(공동체설 중 공동체 발전) ....	61
<표 9> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(합계설) .....	66
<표 10> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(절차설) .....	66
<표 11> 헌법재판소 판결과 공익의 유형간의 관계 .....	73
<표 12> 헌법재판소 판결과 공동체설의 세부 유형간의 관계 .....	74

## 그림 목차

<그림 1> 위헌법률심판에서 나타난 공익 유형 .....	68
<그림 2> 공동체설의 유형 3가지(위헌법률심판) .....	69
<그림 3> 위헌심사형 헌법소원에서 나타난 공익유형 .....	70
<그림 4> 공동체설의 유형 3가지(위헌심사형 헌법소원) .....	70
<그림 5> 권리구제형 헌법소원에서 나타난 공익유형 .....	71
<그림 6> 공동체설의 유형 3가지(권리구제형 헌법소원) .....	72
<그림 7> 헌법재판소 판결과 공익의 유형간의 관계 .....	74
<그림 8> 헌법재판소 판결과 공동체설의 세부 유형간의 관계 .....	75



# 제1장 서론

## 제1절 연구의 필요성과 목적

‘2013년의 대한민국은 민주주의 사회이며, 동시에 다원화된 자유주의 사회이다.’라는 의견에 대하여 이견을 제기하고 싶어 하는 사람은 거의 없을 것이다. 대한민국은 현재 지구상에 있는 상당수의 국가가 그렇듯이 국가의 대표자 그리고 국가의 입법자를 국민의 의사(투표)에 의하여 선출하는 간접 민주주의 제도가 정착되어 있는 나라이다. 또한 헌법에 따라 누구나 법이 허용하는 범위 내에서 자신의 권리를 주장할 수 있고, 자유롭게 자신의 의사를 표현할 수 있는 나라이다. 따라서 원칙상으로는 누구나 일정 범위 내에서 자신의 권리를 주장할 수 있으며, 이에 따라 개개인 간 또는 집단 간에 각자 주장하는 권리가 서로 충돌할 수 있는 가능성이 존재한다. 이러한 가능성이 실현되는 것이 우리가 주변에서, 그리고 TV나 인터넷 등에서 쉽게 볼 수 있는 소위 ‘갈등(葛藤)’이다.

이러한 갈등이 1987년 6월 항쟁으로 우리 사회가 민주화 된 이후에만 있었던 것은 아니다. 민주화 이전 즉, 독재(獨裁) 정권이 사회의 각종 부문을 마음대로 조종할 수 있는 권력을 가지고 있을 때는 이러한 갈등은 언제나 정부의 승리로 끝이 났다. 따라서 갈등을 어떻게 관리할 것인지, 어떤 기준으로 행정 문제를 해결할 것인지 등에 대한 논의는 사실상 필요가 없었다고 볼 수 있다. 1970년대의 무분별한 긴급조치 발동, 1980년대의 국제그룹 해체 지시 사례<sup>1)</sup> 등에서 볼 수 있듯, 당시에는 국민으로서 당연히 누려야 하는 헌법상 기본권이 종종 무시되곤 하는 시절이었

---

1) 憲裁 1993.7.29. 89헌마31은 공권력 행사로 인한 재산권 침해를 인정하여 위헌확인판결을 내렸다. 헌법 제119조 제1항은 시장경제원리에 입각한 경제체제임을 천명하고 있다. 이는 기업자유 의 표현이며, 국가의 공권력은 특단의 사정이 없는 한 이에 대한 불개입을 원칙으로 한다.

다. 이 때 개개인이든 집단이든 자신의 권리를 주장하기 위해서는 때로 정치적 그리고 사회적, 심한 경우는 생물학적인 생명까지 걸어야 하는 상당한 용기가 필요했다. 즉, 사실상 정부 권력이 고르디아스의 매듭을 자르듯, 갈등이 이성적인 경로로 관리될 수 있는 가능성 자체가 차단되었던 것이다.

민주화 이후 국민의 기본권은 헌법에 보장된 것만큼 이상적인 정도는 아니라고 할지라도 그 이전에 비해 많이 신장되었고, 그에 따라 갈등 상황에 있어서 정부의 강압적인 행태가 어느 정도 사라진 것은 사실이다. 그러나 정부가 국민의 기본권을 무시하는 행태는 아직까지 행정 사례 곳곳에서 관찰되고 있다.

이와 관련된 대표적인 사례로서 2011년부터 문제가 되었던 제주도 강정마을 해군 기지 건설<sup>2)</sup>과 관련된 각종 사건을 들 수 있다. 제주도에 해군 기지를 건설하는 것 자체는 미래 일본이나 중국과 해상에서의 대립 가능성, 우리 해군 함대 운용에 있어서의 필요성 등을 고려할 때 전략적으로 해군 기지가 있는 것이 여러 가지로 유용하다는 것이 군사 전문가들의 중론이었다. 그러나 문제는 그러한 전략적 필요성이 해군기지 건설에 필요한 각종 절차를, 그것도 상식이나 도덕 선에서 지켜야 하는 절차가 아닌 대한민국 국회가 제정한 법률이 보장하는 절차를 무시하는 근거가 되었다. 더 나아가 국가안전보장이라는 이유 하나만으로 ‘공익(公益)’이나 ‘국익(國益)’이라는 이름을 달고 개인과 집단의 생존권을 제한하는 정당한 이유가 되어 버렸다는 데 있었다.

그렇다면 공익이란 무엇인가. 사전적으로는 공공의 이익을 공익이라고 한다. 쉽게 말해 여러 사람의 이익이 공익이라는 것이다. 그런데 강정 마을 사건의 경우 국회가 제정한 법을 지킴으로써 일정한 절차에 따라 지자체의 의사를 결정하는 것도 질서유지의 공익이고, 우리 군에 필요한 전략기지를 건설하는 것 또한 국가안전보장을 위한 공익이다. 이러한 논

---

2) 한겨레, ‘제주 강정마을 봄은 왔건만…주민들 반대에도 해군기지 공사 한창’, 2013년 4월 8일 기사

의에 대해 이익을 제기하기는 쉽지 않을 것이다.

이와 같이 일방의 이익을 위해 상대방의 이익을 제한할 때의 근거가 ‘공익’이며, 이로써 상대의 이익을 제한하는 것은 헌법 제37조 제2항 등의 규정에 의하여 정당화된다는 것이다.

행정의 최고목표는 공익이다. 행정은 공익을 실현하기 위한 활동이다. 따라서 모든 행정활동의 평가기준은 공익이 되어야 한다(정정길, 2010).

이렇게 공익은 행정활동에 있어서 핵심적인 개념이지만, 근래 들어 더욱 그 중요성이 부각되고 있다. 개인의 자유스러운 활동 영역을 확장하면 할수록 사회 전체의 이익도 확대될 것이라고 생각하는 시대나 장소에서는 공익에 대한 중요성이 그렇게 강조되지 않는다. 그러나 개인의 이익추구의 활동만으로는 사회전체의 문제가 해결되지 않을 것이라고 생각할 때에는 공익의 문제가 더욱 중요성을 가지게 된다. 지금이 바로 그러한 시대이다. 개인의 자유를 강조하며 전세계적으로 유행하던 신자유주의, 신공공관리론이 거센 비판을 받으면서 최근 들어 공익에 대한 관심이 부쩍 늘어났다(van der Wal, 2009).

이렇게 공익에 대한 관심이 늘어나면서 이에 대한 연구도 근래 들어 많이 나타나고 있다(김도균, 2006; 김유환, 2006; 박균성, 2006; 박세일, 2006; 백미숙, 2008; 윤인진, 2008; 이경원·김정화, 2011; 이계만·안병철, 2011; 이원우, 2006; 정상호, 2007; Box, 2007; Elcock, 2006; Glaser, 2012; King et al, 2010; Koliba, 2006; Saggat, 2008; van der Wal, 2009).

이러한 연구들은 전부 다 그런 것은 아니지만 상당한 연구들의 주된 내용은 ‘공익’이 과연 무슨 개념인가 하는 것이다. 이렇게 ‘공익’의 개념을 탐구하는 이유는, 공익이 정책결정, 정책평가, 책임성과 정당성 등 다양한 가치판단의 기준으로 사용되고 있기 때문에 중요한데, 개념이 불분명하면, 결정 및 판단의 기준으로 사용하기 어렵기 때문이다.

실제로 ‘공익’ 개념의 이러한 속성 때문에 공익 무용론을 제기하는 학자들도 있다. 공익에 관해서 가장 깊이 있는 연구를 한 학자의 하나로

손꼽히는 Schubert(1960)도 그 중의 하나이다. 그는 공익에 관한 기존연구를 정리하면서, 공익이 구체적으로 무엇인지 정의하려는 시도는 모래위에 집을 짓는 것과 같다고 비판하면서 공익 논의가 무익하다고 결론을 내린다. 윤성식도 공익무용론을 제기한다. 사실상 만장일치가 어려운 민주사회에서 항상 일부의 이익에 불과한 공익을 찾을 것이 아니라, 공익과 유사한 개념(가령 공공부문이 추구해야 하는 민주성, 투명성, 효율성, 효과성, 합법성, 합리성 등)으로 대체되어야 한다는 입장을 취하고 있다(윤성식, 2002).

흥미로운 것은 공익무용론자들도, 그리고 공익 개념에 대한 정의를 시도하는 사람들도, 실제로 정책결정이나 평가에서 그것이 어떤 의미로 사용되고 있는지를 찾아보려고 하지 않는다는 것이다. 다시 말해서 공익이라는 단어가 실제 일상생활이나 행정 실무에서 많이 있는데 공익무용론을 제시하는 것도 이해하기 어렵고, 공익 개념을 규정하려고 하면서 현장에서 어떻게 그것이 규정되고 사용되고 있는지를 찾아보지 않고, 현장과 분리되어 개념을 규정하려는 것도 이해하기 어렵다.

따라서 ‘공익’을 실제 현장에서 어떻게 이해하고 있는지를 찾아서 이를 통해서 개념을 재해석하는 작업이 필요하다. 이에 본 연구는 헌법재판소의 판례를 통해서 ‘공익’이 어떻게 정의되고 있는지를 살펴보고 이를 통하여 ‘공익’ 개념을 재해석하는 것을 연구의 목적으로 한다.

## 제2절 연구의 대상과 범위

공익이 실제 생활에서 얼마나 많이 사용되고 있는지 언론보도를 보면 알 수 있다. 카인즈에서 1990년 1월 1일부터 2013년 2월 28일까지 전국 종합일간신문에 나타난 ‘공익’이라는 용어가 등장한 횟수를 보면 3,161회에 이른다.<sup>3)</sup> 이렇게 일상생활에서 광범위하게 ‘공익’이 사용되고 있다.

본 연구에서는 공익이 사용되고 있는 일상생활의 범위가 너무 넓기 때문에 그 범위를 헌법재판소의 판례로 한정하여 사용하고자 한다. 헌법재판소의 판례를 연구의 대상으로 삼는 것은 다음과 같은 몇 가지 이유가 있다.

첫째, 법의 영역에서 공익에 대한 논의는 법철학, 헌법 또는 행정법을 전공한 학자들 간에 주로 논의되어 왔다. 하지만 공익의 구체적인 의미가 무엇인지에 대해서는 본격적으로 논의되지 않았다. 공익과 사익간의 이익형량 기준을 제시하기 위한 논문 등에서 가끔 등장할 뿐이다. 다만 대법원과 헌법재판소의 판결이 개별 사건 또는 법률에서의 공익에 대하여 다양하게 해석하고 있다. 참고로 헌법에서는 제37조 제2항의 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리’라는 문구가 등장하며 이는 국민의 기본권을 제한하는 헌법적 제한사유로서의 공익을 간접적으로 의미한다.

생각건대 공익의 실체가 무엇인지에 대하여 행정의 가장 강력한 수단 중의 하나인 법의 영역에서 논할 필요가 있다(김도균, 2006). 또한 공법학 중에서도 행정법학은 공익 개념을 법도그마틱의 중요개념으로 삼지 않으면 안 될 본질적 방향성을 가지고 있다고 보는 견해도 있다. 이에 따르면 행정법의 각 이론체계는 모두 개인권과 공익을 그 가치체계의 중심에 놓고 양자 사이의 균형을 유지하려는 것이기에, 어쩌면 공익론은 Meta 행정법이론이라고 할 수도 있다(최송화, 2006).

---

3) 한국언론진흥재단에서 제공하는 ‘미디어 가온’에서 1990년 1월 1일부터 2013년 2월 28일까지 종합일간신문의 제목에 ‘공익’이 등장된 회수를 조회하였다. (<http://www.kinds.or.kr/>)

둘째, 행정목표로서의 공익이 무엇인지 구체적인 사례를 분석하여 일정한 유형을 찾는 과정이 필요할 것이다. 여기서는 사법부의 판결을 분석함으로써 무엇이 공익인지를 알고자 한다. 국가 행정에서의 ‘공익’이 무슨 의미로 사용되었으며 어떻게 정당화되었는지를 알기 위해서 사법부의 판결을 분석하고자 하는 이유는 다음과 같다. 입법과 행정에서도 이해관계자간 갈등이 있으나 사법 작용에 있어서는 갈등이 가치와 연관되어 더욱 치열하게 다루어진다. 사법 영역에서 소송 당사자들은 자신의 주장을 관철시키기 위해 자신들이 생각할 수 있는 가장 논리적인 근거를 제출하고 이에 근거하여 사법부는 판결하게 된다. 이들 주장 중 일부는 공익으로서 인정되어 상대방이 제시한 근거보다 우월한 위치에 서게 된다.

셋째, 사법부는 입법부와 행정부의 자의적 권한 행사를 막아준다. 우리는 추상적인 개념일수록 해석자의 자의적이고 주관적인 판단의 여지가 개입되어 사회적으로 바람직하지 못한 결과가 발생할 수 있다는 것을 역사적인 경험을 통해 알고 있다. 2013년 3월 21일 헌법재판소가 1972년 헌법 제53조<sup>4)</sup>에 의한 긴급조치 1, 2, 9호에 대하여 위헌판결을 한 것이 그 예이다(2010헌바132). 특히 오늘날의 입법이 사실상 행정부 주도 이루어지고, 구체화하기 쉽지 않은 이익 상황에서 ‘공익’이라는 불확정개념에 의존하는 것이 입법기술상 편리한 점이 많은 점을 고려한다면 공익

---

4) 1972년 헌법 제53조 ① 대통령은 천재·지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 처하거나 국가의 안전보장 또는 공공의 안녕질서가 중대한 위협을 받거나 받을 우려가 있어 신속한 조치를 할 필요가 있다고 판단할 때는 내정·외교·국방·경제·재정·사법(司法) 등 국정 전반에 걸쳐 필요한 긴급조치를 할 수 있다. ② 대통령은 제1항의 경우에 필요하다고 인정할 때에는 헌법에 규정되어 있는 국민의 자유와 권리를 잠정적으로 정지하는 긴급조치를 할 수 있고, 정부나 법원의 권한에 관하여 긴급조치를 할 수 있다. ④ 제1항과 제2항의 긴급조치는 사법적(司法的) 심사의 대상이 되지 아니한다.

일반적으로 1972년 헌법은 ‘유신 헌법’으로 알려져 있다. 현재의 1987년 헌법은 대통령의 국가긴급권(emergency power)로서 긴급명령(제76조 제2항), 긴급재정경제명령·처분(제76조 제1항), 계엄선포권(제77조)만을 부여하며, 유신헌법 제53조에 근거했던 긴급조치권을 인정하지 않는다.

관념이 단순히 일반·추상화의 도구로서 활용될 수 있음을 경계해야 한다. 즉 ‘공익’이 행정청의 행위를 정당화시켜 주는 와일드카드로 기능하는 경우가 있는 것이다(최송화, 2002) 가령 건축법 제85조 1항 5호는 행정대집행법 적용의 예외로서 ‘공공의 안전 및 공익’이 심히 저해될 수 있는 경우를 제시하고 있다.<sup>5)</sup>

넷째, 헌법재판소는 다양한 가치들의 다툼이 있을 경우 최종적인 판단자로 기능을 한다. 우리나라에서 사법부는 크게 법원과 헌법재판소로 나눌 수 있다. 헌법재판소의 법적 성격에 대하여 입법, 사법, 행정과 분리되는 제4의 기능을 인정해야 한다는 유력설도 있으나, 광의의 사법부에 해당한다는 견해가 일반적이다. 사법부는 대체로 공익이 무엇인지에 대한 정의를 내리기보다는 개별 사건의 사실관계를 고려하여 당사자 간의 올바른 권리를 찾아주기 위한 시도를 기울여왔다.

대법원은 행정소송이 아닌 이상, 민사나 형사소송에서는 특별히 공익

---

5) 건축법 제85조(「행정대집행법」 적용의 특례) ① 허가권자는 제11조, 제14조, 제41조와 제79조 제1항에 따라 필요한 조치를 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 「행정대집행법」 제3조 제1항과 제2항에 따른 절차에 의하면 그 목적을 달성하기 곤란한 때에는 해당 절차를 거치지 아니하고 대집행할 수 있다. 1. 재해가 발생할 위험이 절박한 경우 2. 건축물의 구조 안전상 심각한 문제가 있어 붕괴 등 손괴의 위험이 예상되는 경우 3. 허가권자의 공사중지명령을 받고도 불응하여 공사를 강행하는 경우 4. 도로통행에 현저하게 지장을 주는 불법건축물인 경우 5. 그 밖에 공공의 안전 및 공익에 심히 저해되어 신속하게 실시할 필요가 있다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우 ② 제1항에 따른 대집행은 건축물의 관리를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.(밑줄은 연구자가 추가함)

대집행은 법률에 의하여 직접명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우, 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방치함이 긴히 공익을 침할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하는 제도이다(행정대집행법 제2조 참조). 이 때 행정대집행법 제3조 제1항, 제2항에 의한 절차는 대집행을 하기 전 당사자에게 상당한 이행기간을 정하여 그 기한까지 당사자가 이행하지 않을 경우 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 예고하도록 한다. 이는 국민의 재산권의 보호를 위하여 행정을 통제하는 규정이라 할 수 있다. 그러나 건축법 제85조 제1항 5호는 ‘공익’을 근거로 예고 절차를 생략할 수 있는 가능성을 제시한다.

을 고려하지 않는다. 설령 법원이 공익을 고려하더라도 법원의 판결은 개별 사건의 당사자에게만 적용되는 기판력을 가질 뿐, 헌법재판소의 판결이 가지는 기속력 등이 없다. 또한 법원이 재판할 때 위헌적인 내용의 법률이 있더라도 이를 직접 심사하는 것이 아니라 헌법재판소에 이를 제청하여 심사를 요구하게끔 되어 있다(헌법 제107조 1항 참조). 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 최종적으로 심사할 권한을 가지나(동법 제107조 2항 참조) 이 역시도 대법원과 헌법재판소의 입장이 첨예하게 대립한다.<sup>6)</sup>

실제로 헌법재판소법은 위헌법률심판에서 위헌결정, 헌법소원심판에서 인용결정이 있는 경우 기속력이 발생한다고 규정한다(헌법재판소법 제47조 제1항, 헌법재판소법 제 75조 제1, 6항). 기속력은 기판력과 달리 미래의 행위에 대한 것으로 헌법재판소의 결정에 모순되는 행정행위를 금지하고 헌법재판소의 결정에 따라 행정청은 적극적으로 위헌 또는 위법인 상태를 제거해야 하는 실체법적인 의무를 부과받게 된다. 따라서 기속력이 인정되는 결정이 선고되면 법원을 포함한 모든 국가기관이나 지방자치단체는 헌법재판소의 결정을 부정할 수 없고 이와 배치되는 행위도 할 수 없다. 또한 헌법재판소가 위헌결정한 법률의 효력상실 효과는 소송당사자뿐만 아니라 모든 국가기관 및 지자체, 일반국민을 포함하는 모든 규범수신자에게 미치며 이를 ‘일반적 효력’이라 한다(정종섭, 2012). 생각건대 현대 사회는 입법, 사법, 행정기관간의 문언상의 삼권분

---

6) 대법원은 ‘헌법 제107조 제2항, 제111조 제1항 등은 법률의 위헌여부는 헌법재판소가, 명령·규칙의 위헌여부는 법원이 각각 심사한다는 뜻이다’라 하여 명령·규칙은 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 한다. 이에 대해 헌법재판소는 ‘헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 관한 대법원의 최종심사권이란 구체적 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종 심사할 수 있다는 의미’라고 하면서 명령·규칙이 재판의 전제가 되지 아니하면서 직접 기본권을 침해하는 것인 때에는 헌법소원의 대상이 된다고 판시한다(헌법재판소 1990.10.15. 89헌마178 전원재판부). 생각건대 규범통제제도의 체계정당성에 비추어 법률에 대한 헌법소원이 가능한 이상 하위규범인 명령·규칙에 대해서도 헌법소원을 인정함이 타당하다.



립에 그치지 않고 수평적 관계에서 일정한 제약을 취하는 기능적 권력분립을 지향한다. 진정한 의미의 삼권분립은 세 가지 영역이 고립되어 각자의 역할만을 하는 것이 아니라, 상호간의 규제를 통해 일방의 기능이 지나치게 확대되는 것을 저지하는 것이다. 따라서 사법부의 독립을 방패 삼아 협의적 헌법해석에 집착하는 사법소극주의(judicial restraint)는 지양되어야 한다. 사법적극주의(judicial activism)의 원칙에 따라 다수의 횡포로부터 소수의 권리를 보호하기 위하여 사법부가 엄격한 위헌심사를 기준으로 법률의 위헌여부를 판단해야 한다. 이러한 사법적극주의적 입장에 근거하여 기존의 사법부의 판결들을 분석함으로써 우리는 사법기관이 공익이라 생각했던 가치가 무엇이었으며 그 가치가 지속 또는 변화하는 모습을 통하여 사회변화에 따른 공익의 가치도 발견할 수 있게 된다.

마지막으로 공익에 대한 기존의 논의들이 현재의 헌법재판소의 판례에 서는 어떠한 방식으로 표현되고 있는지 실증적으로 확인함으로써, 실제로 사용되는 공익의 개념이 어느 입장에 가까운지 찾고, 이를 국가 행정의 실현가치로서 인식하고 정책을 시행할 필요가 있다. 헌법재판소의 판례는 사후적으로 행정과 입법의 결과를 교정하는 결과를 가져오기에, 헌법재판소의 기본적인 입장을 파악한다면 국민과 국가 간에 소송 등으로 갈등이 발생할 가능성을 처음부터 감소시킬 수 있는 이점이 있다.

따라서 본 논문에서는 대법원을 제외한 헌법재판소의 판결만을 연구 대상으로 정한다. 이 때 헌법재판소가 위헌법률심판, 헌법소원을 할 때 과연 ‘공익’이라는 개념을 유념하고 판결을 하는지 회의적인 시각도 있다. 실제로 해당 심판의 근거가 되는 헌법과 헌법재판소법에서는 ‘공익’을 고려하라는 문구는 등장하지 않는다. 단지 ‘헌법에 위반되는 여부’라는 문구만 등장한다(헌법재판소법 제41, 68조).

99헌바76 판결은 이러한 논의에 대하여 반박하고 있다. 현재는 ‘입법자는 입법의 동기가 된 구체적인 위협이나 공익의 존재 및 법률에 의하여 입법목적이 달성될 수 있다는 구체적 인과관계를 헌법재판소가 납득하게

끔 소명·입증해야 할 책임을 진다’고 판시한다. 또한 헌법재판의 실무 교과서에 해당하는 「헌법재판실무제요」에서는 재판관의 석명권을 설명하면서 다음과 같이 적고 있다.

석명의 대상을 일반적으로 설명하기는 어렵지만, 위헌법률심판 등 규범통제절차의 경우 ① 법령의 입법경위와 목적, ② 그 목적 달성을 위한 대체수단의 여부, ③ 당해 법령에 의한 공익효과(조세법규의 경우 재정수입의 규모 등), ④ 당해 법령과 유기적 관계를 맺고 있는 관련조항의 체계, ⑤ 위헌결정시의 파급효과 등이 이에 해당한다고 볼 것이다.(헌법재판소, 2008)<sup>7)</sup>

헌법재판소의 재판에는 직권주의적 성격이 강하기에 비교적 넓게 석명권의 행사가 인정되며, 실무 교과서에서 ‘당해 법령의 공익효과’를 재판에서 고려할 것을 명시한 것을 고려할 때 헌법재판소 재판관들은 판결문에 ‘공익’이라는 표현을 직접 쓰거나 그렇지 않더라도 ‘공공의 목적’, ‘공공의 이익’, ‘입법목적’ 등의 우회적인 표현으로라도 공익을 언급하며 이를 의식하고 있다.

헌법재판소 자체는 1988년부터 시작되었지만 그 이전에도 1987년에 개정된 현행 헌법 이전에도 헌법위원회(건국헌법, 1980년 헌법)이 있었고 대법원이 현재의 헌법재판소의 역할을 담당했던 시기(유신헌법인 1972년 헌법)가 있었다.<sup>8)</sup> 이에 따라 1948년 제헌헌법의 헌법위원회가 실시한 6건의 위헌법률심판사건과 1962년 헌법에 의해 대법원이 헌법재판을 담당한 결과 이루어진 10개 미만의 위헌법률심사 판결이 있다.<sup>9)</sup> 1972년 유신

7) 여기서 밑줄은 연구자가 직접 그음.

8) 이와 관련된 판결로는 농지개혁법 제18조 제1항 후단 및 제24조 제1항 후단에 대한 1952.9.9. 4285년헌위1, 국가배상법 및 법원조직법에 대한 1971.6.22. 70다1010 등이 있다.

9) 참고로 1960년 헌법(제2공화국 헌법)에서는 헌법재판소법은 만들었으나 5·16 군사정변으로 인해 헌법재판소가 구성되지 못하였다. 1972년 헌법(제4공화국 유신헌법)에서는 헌법위원회를 만들긴 하였으나 실제로는 한 건도 행해지지

헌법이 만들어지면서 대법원은 법률에 대한 위헌여부를 심사할 수 없게 되고 대신 헌법위원회가 만들어졌다.

이 때 주목할 점은 1962년 헌법이 있을 당시 국가배상법의 위헌 판결(1971.6.22. 선고 70다 1010)에서 위헌의견에 가담한 대법원 판사들이 법관재임용과정에서 전원 탈락하였다는 점이다. 이는 1971년 7월의 사법과정의 원인을 제공하기도 하였다. 그리고 위헌판결이 내려진 해당 법률은 1972년 유신헌법 때 헌법 규정으로 반영되었다.<sup>10)</sup> 생각건대 국민의 기본권과 공익에 대한 인식이 부족하였던 권위주의 시절에는 국가의 공권력을 감시할 수 있는 방법이 없었으며, 설령 있더라도 단 한 건의 판결도 이루어지지 않는 형식적인 수단만 있었던 것이다.

현재의 헌법재판소는 1987년 6월 항쟁 이후 여야 모두의 합의에 따라 만들어졌으며 국회의 의결과 국민투표라는 모든 절차를 완전히 거쳐서 만들어진 개정헌법의 결실이다. 이는 제2공화국에서 헌법재판소를 만들기로 한 다음 재판부 구성도 하기 전에 5·16 군사정변으로 정권이 바뀌어서, 애초에 시작도 하지 못했던 헌법재판소를 다시 되살린 것이다. 그렇다면 진정한 의미의 헌법재판은 1987년 헌법에 의하여 창설된 현재의 헌법재판소에서 시작되었다고 할 수 있다. 이는 1988년 9월 1일 헌법재판소법이 발효되면서 탄생하였다. 국민의 기본권 보호기능을 강화하기 위해 위헌법률심판, 탄핵심판, 정당해산심판, 권한쟁의심판, 헌법소원심판을 하도록 만들었다.

연구자가 실시한 현재의 판례 분석은 헌법재판소가 만들어진 1988년 9월 1일을 기준으로 논문이 작성되기 시작한 2013년 2월 28일까지의 범위를 대상으로 이루어진 것이다.

---

않았고 1980년 헌법(제5공화국 헌법)에서의 헌법위원회 역시 단 한 건의 사건도 시행되지 않았다.

10) 이는 현행 헌법 제29조 2항에도 유지된다. ‘군인·군무원·경찰공무원 기타 법률이 정하는 자가 전투·훈련 등 직무집행과 관련하여 받은 손해에 대하여는 법률이 정하는 보상 외에 국가 또는 공공단체에 공무원의 직무상 불법행위로 인한 배상은 청구할 수 없다’

## 제2장 이론적 논의와 선행연구 검토

### 제1절 공익에 대한 이론적 논의

행정이란 국민이 바라는 바를 파악하고 이를 실현하는 과정이고 이때의 공익은 정부 행위의 타당성 여부를 결정짓는 기준이 된다. 과거에는 군주의 이익이 중요하였으나 시민계급이 힘을 얻으면서 국가이익(state interest)이 등장하였고 이후 공익(public interest)라는 단어가 사용되었다. 최근 행정학에서는 공익이라는 개념보다 공공가치(public value)라는 용어가 더 선호된다는 주장도 있으나(윤성식, 2002) 이는 행정의 지도원리로서의 효과성, 능률성, 공평성, 합법성, 민주성을 설명하고자 하기 위한 개념으로 사실상 공익과 동일하다.

앞에서 언급한대로 공익은 인간의 존엄성에 대한 기본적 가치를 수호할 뿐만 아니라 국방·치안 등 국가의 기본적 기능을 수행하기 위해 필요한 구체적인 정책 내용들을 포함된다. 추상적인 실체로서의 공익이 실천적 의미를 가지려면 구체적인 정책 내용으로 실현되어야 하고 이 실현과정에서 전체의 이익을 위하여 지켜야 할 민주적 규칙과 제도 등이 모두 공익의 실질적 내용이 되는 것이다(정정길, 2010). 생각컨대 이는 공익을 과정론에 따라 파악한 결과이다.

보다 세부적인 논의를 위해 기존의 공익이론을 ① 공익 실체설, ② 공동체설, ③ 합계설, ④ 절차설로 나누어서 정리한다. 참고로 ①과 ②는 공통적으로 공익과 사익이 독립적으로 구분됨을 전제로 하기에 실체설로 불린다. 그리고 ③과 ④는 사익의 합 또는 그 이상이 공익이라고 보기에 과정설로 해석된다.

우선 공익 실체설은 공익이 개인의 바람과 관계없이 사회적 절차를 거치기 전에 선험적으로 존재함을 전제로 한다. 인간의 기본권으로서의 자유와 평등 등이 그 예로 제시되며 자연법적 사고에 기초한다. 우리나라

헌법 제10조와 제11조의 규정에 있는 인간으로서의 존엄성과 평등은 국가가 형성되기 이전부터 있었던 권리로서 헌법은 이를 단지 명문화한 것에 불과하다. 다만 사실상 인간으로서의 존엄성과 평등에 기초하여 근로의 권리, 종교의 자유, 표현의 자유, 거주·이전의 자유, 재산권 등이 파생되었기에 어느 범위까지를 개인의 기본적 권리로 해석해야 할지는 논란의 여지가 있다.

다만 공익 실체설은 자연법에 기초한 자유와 평등이 서로 갈등을 일으킬 경우 어느 것을 우선시할 것인지 답을 할 수 없다. 또한 한정된 자원으로 정책을 하면 여러 가치 중에서 어느 하나만을 선택해야 하고 이 때 우선되는 공익은 무엇인지 논란이 될 수 있다. 또한 공익이라는 추상적인 개념인 점을 이용하여 갈등이 발생하면 이해당사자들은 자신에게 유리하게끔 자의적인 해석을 할 가능성이 높아진다.

두 번째로 공동체설은 공동체가 개인들의 집합 이상의 의미가 있고, 구성원 개개인과는 구별되는 자신의 의지(공공의지, public weal)를 가지고 있기에 이를 전제로 하여 실체적인 공익을 규명할 수 있다고 주장한다. Cohen은 공익은 논리적, 도구적인 의미로 사용가능하며 전자의 경우 공동체에 정립된 기본 가치를 해석하는 것이고, 후자는 그 기본가치를 실현하기 하는 정책이 있다면 그 정책은 공익이 될 것이라고 하였다. 역사적으로 보면 2차 대전이 발생했을 때 히틀러의 나치즘 등에 의해 공동체의 공공의지가 개인의 인권을 압도하는 근거로 사용되었다. 그 결과 공동체설은 힘을 잃었다. 그러나 1990년대에 와서 신공공관리가 유행하면서 지나치게 공리주의적 이기주의가 공익을 무시하고, 자유주의에 편승하여 사회적 강자가 약자를 유린하는 사태가 계속되면서 공동체주의는 부활하였다(정정길, 2010). 또한 개인과 집단 간의 갈등이 심화되면서 이를 해결하기 위한 사회적 공감대로서 ‘다수에 의한 확신’이라는 common sense라는 영미법상의 개념이 등장하였다. 장태주(2010)는 대륙법계의 전통을 따르는 우리나라의 경우 단순한 다수보다는 원천적으로 ‘공동체’라는 집단의 차원에서 민주적 정당성을 찾아야 한다고 주장하며, 이것이

‘공익’ 내지는 헌법 제37조의 ‘공공복리’라 주장한다. 공동체의 번영을 위한 헌법상의 공공복리는 개별 공익의 총괄개념으로서 국가공동체를 전제로 한다. 이때의 공동체는 신비적인 생명체가 아니라, 구성원들 간의 평등한 관계를 전제로 한 규범에 의해 실질적으로 존재하는 것이다. 이때의 규범은 공동체마다 다양하기 때문에 공동체를 단순히 개인들의 합이라고 할 수 없다. 즉, 공동체가 형성되면 그 자체 내에서의 규범으로서의 생성적 속성(emergent property)이 있다.

공동체설이 공익 실질설과 차이가 있다면 공동체는 개인의 개별적 자유의사에 맡겼을 경우 공유지의 비극 등의 문제가 발생하는 것을 막기 위하여 전체가 협조해야 함을 전제로 하기 때문에 한정된 자원으로 인해 발생하는 공익과 공익간의 충돌 문제를 해결할 수 있다는 것이다. 가령 강남구가 쾌적한 환경에서 주민들이 살 공익을 주장하며 서울시가 만들고자 하는 폐기물처리시설의 설치를 거부할 수 있다. 구체적인 사안에 따라 달라질 가능성은 있지만 특별한 사정이 없는 한 강남구의 공익은 특수한 이익이기 때문에 일반적인 공익인 서울시의 이익이 더 우선적으로 고려된다.

다만 여기서도 공동체가 추구하는 이익이 무엇인지 불분명하기에 공동체의 상위 계층의 이해관계에 따라 공익이 만들어질 수 있다는 단점이 있다. 권위주의 정부에서 정책을 정당화하는 근거로 국가 공동체를 강조하며 공익이라는 단어가 남용되었다는 주장도 있다. 이에 따르면 국민들의 개인적인 삶을 파괴하게 만드는 특정 집단의 이익이 공익이라는 이름으로 정당화될 수 있다.

반면에 과정설에서의 공익은 국민 한 사람의 바람에 기초한다. 여기서는 개인의 생각이 바뀌게 되면 공익도 바뀌게 되는 것으로 자유주의에 기초한다. 과정설은 다시 합계설과 절차설로 나뉜다.

합계설은 공리주의적 사고에 기초하여 공익을 개별 이익들의 합이라 해석한다. 이때의 공익은 서로 상충되는 이익을 가진 집단들 사이에 상호 조정과정을 거쳐 균형상태의 결론에 도달할 때 실행되는 것이라고 본

다. 이 경우 공무원의 행동은 스스로 무엇이 사회에 가장 이익을 가져올 수 있는가를 결정하는 것이 아니라, 서로 경쟁관계에 있는 모든 이해당사자들의 이익을 조정하고 타협시켜 만족스런 결과가 나오도록 돕는 촉매자 내지 조정자 역할에 그치게 된다(유민봉, 2006). 합계설의 입장에서 여론조사, 국민투표 등을 통해 국민들이 원하는 바를 알고자 한다. 최대다수의 최대행복이라는 공리주의의 입장은 개개인의 행복이 모두 1로서 계산된다는 점에서는 공정한 사회를 전제로 한다.

다만 합계설의 경우 전체의 합이 크다면 소수의 희생도 효율성의 원리에 따라 정당화될 수 있기 때문에 공익 자체가 가져야 하는 규범적 특성(형평성 등)을 제대로 고려하지 못한다는 비판이 있다. 또한 모든 사람들의 견해가 동등하게 받아들여지는 결과 실제로는 여론 주도자들에 의하여 다수의 이익과는 무관한 정책이 다수의 의견인 양 조작될 위험이 있다는 점도 지적된다. 대중사회에서 정책은 단순히 추상적인 상징에 불과하고 사람들은 합리적이지 않다. 사람들은 정부가 국민들의 불만을 달래기 위해 만들어 놓은 희생양을 비난하면서 자신의 불안감을 해소하기 위해 쉽게 정책을 지지해버린다(Shaviro, D., 1990). 마지막으로 합계설은 사익 추구의 극대화를 정당화하기에 공공재 및 공유지의 비극의 문제를 야기하기도 한다.

마지막으로 절차설은 절차적 합리성을 강조하는 것으로 적법절차(due process)의 준수에 의해서 공익이 보장된다는 입장이다. Flathman(1966)은 각 개인이 나름대로 자신에게 이익이라고 판단하는 것을 추구하려는 행동방식을 인정하지만 사익들의 총합이 공익이라는 합계설은 한계가 있다고 지적했다. 그는 공익은 일종의 원리에 바탕을 둔 판단(principled judgment)이 요구되며 그 원리로서 부당결과회피 원리(the principle of Consequence), 보편화가능성의 원리(universalizability principle, UP) 등을 제시하였다. 부당결과회피 원리와 보편화가능성의 원리는 적법절차(due process)를 통해 달성될 수 있다. 공무원은 우선 법과 명령을 따르되 아직 재량의 여지가 있을 때 본인의 행동이 초래하는 모든 가능한 결

과를 예측·점검하고 이해관련 당사자들의 이해를 가능한 종합적으로 고려하는 것이다(유민봉, 2006).

특히 가치의 다양성이 중시되는 오늘날의 사회에서는 실체설에서 주장하는 것처럼 선형적이고 일반적인 공익이 차지하는 비중은 가치의 통일성의 부재로 인해 점점 감소하게 된다. 법학이 강조하는 적법절차(due process)는 모든 사람에게 동일하게 적용되고 헌법과 법률에 의해 신분이 보장된 법관과 법원의 독립성을 전제로 하기에 일차적으로 이익주체들간의 갈등을 해소하는 역할을 한다. 그 예로 실제로 개인의 기본권이 침해되었다는 사실을 요구하지 않고, 절차 위반으로 인해 기본권이 침해될 가능성이 제기되었다는 것만으로도 형사사건의 증거능력을 배제하는 형사소송법 제308조의2<sup>11)</sup>를 들 수 있다.

이는 Schubert가 제시한 현실주의적 공익론과 유사하다. 간접민주주의의 원리를 지켜야 공익이 달성된다고 합리론, 자연법과 양심에 따를 것을 주장한 이상주의적 공익론과는 달리 현실의 이익집단들의 행동을 중시하며 보다 실천적인 접근을 시도한다. 최근에서는 법학에서도 환경법이 일반법(Common Law)이 되어가는 과정을 통해 어떤 한 개인의 이익이 아니라 정치적으로 선거에서 승리하거나, 이익집단의 로비나 압력을 통해 정치적 이슈가 되었을 때 공익이 본격적으로 등장한다는 유력한 견해도 있다. 여기서는 공익이 시대에 따라 절대적인 것이 아니라 끊임없는 정치적 압력과 승리로 계속 교체되어 간다는 입장이다(Goodie, Wickham, 2002)

---

11) 형사소송법 제308조의2는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다’고 규정하고 있다. 이를 ‘위법수집증거능력배제의 원칙’이라 한다. 대법원은 헌법과 형사소송법이 정한 절차를 위반하여 수집한 증거와 이를 기초로 획득한 2차적 증거의 증거능력을 부정하며, 수사기관이 위법한 압수물을 기초로 피고인의 자백을 얻은 경우에도 형사소송법 제308조의 2에서 제시된 동일한 법리에 따라 증거능력을 부정한다(大判 2012. 3. 29 2011도10508). 또한 대법원은 행정대집행법 제3조에 의한 계고행위는 행정소송법 제1조의 ‘처분’에 포함되기에 계고처분 자체에 위법이 있는 경우에도 항소소송의 대상이 된다고 밝힘으로써(大判 1966.10.31. 66누25) 적법절차원칙을 인정한 바 있다.



## 제2절 법학에서의 공익이 가지는 의미

여기서는 법학의 시각에서 공익을 분석하려는 선행 연구들을 집중적으로 분석해보도록 한다. 법학에서 입법은 경제학적 또는 다원주의적 시각에서 좋은(good) 상태로서의 공익을 지향한다. 이러한 이론은 무엇이 진짜로 좋은지 관계없이 사람들의 의도에 따라서 달라질 수 있다. 입법자들과 이들에게 영향을 주는 사람들은 이타적이거나 이념적인 목표를 추구하며, 자신들의 사익만을 추구하기 보다는 자신들이 생각하기에 좋은 것이라 인식하는 것을 하려고 한다. 이러한 동기가 이타적인지 아니면 이념적인 것인지는 매우 중요하다(Shaviro, D., 1990).

공익이 무엇인지에 대하여 김항규(2002)는 자유권적 기본권 존중원리, 평등원리, 최대효용원리, 민주행정원리, 신뢰보호원칙, 복지국가원리를 제기하고, 백완기(2007)는 정부와 관계된 것, 정치성, 공개성, 공익성, 공유성, 공정성, 인권 등을 제시한다. 최송화(2002)는 ① 이익상황의 구체화가 어려운 경우의 일반·추상화의 도구로서의 공익, ② 행정목표로서의 공익, ③ 지원이나 보호의 대상으로서의 공익, ④ 거부의 요건 및 제한의 근거로서의 공익, ⑤ 심사·판단의 기준으로서 공익, 인·허가의 기준으로서의 공익, ⑥ 특별규율의 대상으로서의 공익, ⑦ 비밀 및 공개와 관련된 공익, ⑧ 책무와 권한의 근거로서의 공익, ⑨ 사정변경의 근거로서의 공익, ⑩ 재량권과 결합되어 있는 공익, ⑪ 공익과 사익이 결합되거나 다양한 공익관념이 병존하는 공익, ⑫ 이익대변의 대상으로서의 공익, ⑬ 하위법령에서의 구체화의 전제로서의 공익으로 나누었다. 이는 독일의 법학자 P. Häberle가 작성한 *Öffentliches Interesse ala juristisches Problem*에서 제시한 공익의 분류기준을 참고로 하여 최송화 교수가 고안한 틀이다. 생각건대 ‘② 행정목표로서의 공익’은 상위개념으로써 ③에서 ⑬까지의 유형이 여기에 포함될 수 있다. ③에서 ⑬까지의 유형은 공익 자체가 아니라 공익의 기능을 설명하는 틀로서 사용될 수 있을 것이다. ①의 ‘이익상황의 구체화가 어려운 경우의 일반·추상화의 도구로서의 공익’은 현

법재판소의 판결에서 대부분 법의 명확성 원칙에 반하여 기각될 것으로 예상된다

이 때 주의할 것은 개인의 이익과 공익이 대립하더라도 언제나 공익이 우선시되는 것은 아니라는 점이다. 헌법 제37조 제2항 1문은 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다고 규정한다. 이는 사익을 공익으로써 제한할 수 있는 헌법상 유일한 근거 규정이다. 하지만 기본권이 제한받더라도 그 핵심적인 내용은 침해할 수 없다고 2문에서 밝히고 있다.

사실 공익과 사익간의 대립관계를 사회 안전과 개인의 사회적 이익(social interest)을 비교하면 공익만을 중요시하는 결과를 피할 수 있을 것이다. 미국의 법철학자 Roscoe Pound(1945)는 사회적 이익(social interest)을 보호하기 위한 정부의 의무는 개인으로부터 위임받은 재산·신탁의 관리, 사회 모든 구성원이 공유하는 재산에 대해 특정 개인이 남용하거나 이를 가지는 행위를 방지하는 것, 국가 공무원이 법적인 의무를 하도록 보장하는 것, 망명자의 보호 등이 있다고 설명했다. 이러한 의무는 사회의 이익에 영향을 주기 때문에 국민이 사회적 이익을 근거로 하여 정부를 상대로 하는 권리 주장이 가능하게 해야 한다고 주장했다. 이는 기존의 공익이론이 사회적 이익을 국가의 권리로 보거나 공익으로 보는 이론들을 비판하며 등장하였다.

우리나라 법학 논문과 판례를 전문적으로 검색하는 로앤비<sup>12)</sup>사이트에서 ‘공익’을 입력하면 학회논문 230개, 실무논문 388개가 검색된다. 실무논문의 경우 개별 사건의 판례 평석이거나 시론에 대한 내용이 대부분이기에 제외한다. 학회논문 230개 중에서 연구자의 주체로서의 ‘공익’에 실질적으로 관련이 있는 논문은 학회논문의 경우 40개이며, 그 중에서 공익이론 자체를 소개한 논문은 12개이다.<sup>13)</sup>

---

12) [www.lawnb.com](http://www.lawnb.com)

13) 공익이론 자체를 다룬 논문 12개는 <표3>에서 번호 12, 15, 16, 19, 20, 21,

<표 1> 공익에 대한 법학 논문

번호	저자	논문제목	출처
1	오시영	다수당사자소송의 발전과 전망 - 이른바 공익소송을 중심으로	민사소송 제16권 제2호/한국민사소송법학회/2012
2	오정진	재개발 관련 헌법재판소 결정에 대한 비판적 고찰 - 공익이라는 전제 對 定住에의 권리	法學研究 第53卷 第2號 通卷第72號/부산대 학술대회 발표 논문
3	전경운	환경침해로 인한 피해배상시 공익사업의 공익성고려 방안	환경법연구/한국환경법학회/2012
4	정이근	공익과 사익의 이익형량과 선택 - 폐기물관리법 규정과 발치한 치아를 소재로	法學研究 第52卷 第3號 通卷第69號/부산대학교 법학연구소/2011
5	이용식	피의자 신상공개의 정당성과 공익성의 의미 검토	법학연구제33집/전북대학교 법학연구소/2011
6	장철준	교원 및 교원단체의 표현의 자유 - 교육의 정치적 중립성과 공익의 관계를 중심으로	언론과 법 제10권 제1호/한국언론법학회/2011
7	권장준 정규진	공익산업에서의 규제개혁에 관한 법적 고찰	法學研究 第33輯, 39-61쪽(총 23쪽)/한국법학회/2009
8	이기한	미국 환경 관련 NGO의 공익 활동 법제에 관한 실증적 연구	법학논총/한양대학교 법학연구소/2009
9	장철준	표현의 자유에 대한 개인주의적 접근방법과 공익적 접근방법 -만론권에 관한 미 연방 대법원 판례를 통해 바라본	세계헌법연구/국제헌법학회, 한국학회/2008

22, 23, 24, 26, 33, 40에 해당된다.

		헌법 이론적,철학적 지형	
10	백미숙	미국 초기 방송역사에서 ‘공익’개념의 사회적 결정 요인, 1920-1925 - 아마추어 ‘시민 라디오’와 고출력 주파수 정책 사례분석을 중심으로	경제규제와 법 제1권 제2호/서울대학교 공익산업법센터/2008
11	김재운	공익, 인권의 법적 과제 : 개정 형사소송법상 인권보호와 정의실현 간의 충돌과 타협 -제308조의 2 위법수집증거 배제법칙을 중심으로	영남법학/영남대학교 법학연구소/2008
12	조한상	공익, 인권의 법적 과제 : 공공성과 공공복리	영남법학/영남대학교 법학연구소/2008
13	박정훈	공익, 인권의 법적 과제 : 학교안전정보시스템구축과 아동 인권보호의 법적 과제	영남법학/영남대학교 법학연구소/2008
14	Claire Lajau nie	세계화시대의 공익과 인권 : 1789년 프랑스 인권선언의 헌법적 승인	영남법학/영남대학교 법학연구소/2007
15	장태주	행정법상(行政法上) 공익이론(公益理論)의 함의(含意)	법학논총/한양대학교 법학연구소/2007
16	Kazuhiko Matsu moto	세계화시대의 공익과 인권 : 공공의 복지와 기본적 인권	영남법학/영남대학교 법학연구소/2007
17	임재홍	세계화시대의 공익과 인권 : 한국 사회 인권운동의 변화와 과제	영남법학/영남대학교 법학연구소/2007
18	정상원	세계화시대의 공익과 인권 : 중국(대륙지역) 노동과견 현상과 노동자 권익 보호	영남법학/영남대학교 법학연구소/2007

19	김유환	법에 있어서의 공익 : 영미에 서의 공익개념과 공익의 범문 제화 - 행정법의 변화와 대응	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/2006
20	박균성	법에 있어서의 공익 : 프랑스 행정법상 공익개념	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/2006
21	제철웅	법에 있어서의 공익 : 사적 자치와 공익의 상호관계	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/2006
22	최송화	법에 있어서의 공익 : 공익의 범문제화	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/2006
23	최승원	행정법과 공익 - 이해조절법 적 행정법으로	行政法研究 第15號/행정법이 론실무학회/2006
24	김도균	법에 있어서의 공익 : 법원리 로서의 공익 - 자유공화주의 공익관의 시각에서	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/2006
25	윤종행	사이버 명예훼손죄에 있어서 비방의 목적과 공익 관련성	형사정책/한국형사정책학회 /2006
26	이원우	법에 있어서의 공익 : 경제규 제와 공익	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/2006
27	배병화	공익보도에 의한 명예훼손과 면책사유 - 상당성이론과 현 실적 악의이론 중심으로	민사법연구/대한민사법학회 /2005
28	황승흠	변호사의 공익활동 네트워크 의 활성화를 위한 제언	성신법학 제4호/성신여자대학 교 법학연구소/2005
29	김성진	Cyber명예훼손죄와 위법성조 각사유(違法性阻却事由)로서 의 공익성	중앙법학/중앙법학회/2005
30	임재홍	법조인 양성제도와 지방대학 : 로스쿨과 공익성	법학연구/경상대학교 법학연 구소/2005

31	임재홍	로스쿨과 공익성	영남법학/영남대학교 법학연구 소/2004
32	이기한	공익사업의 국가공권력개입에 관한 연구	중앙법학/중앙법학회/2003
33	최송화	공익 개념의 범문제화 : 행정 법적 문제로서의 공익	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/2000
34	신인영	조폐공사법개정과 공익사업	노동법학 제5호/한국노동법학 회/1995
35	김동희	공익사업의 특허	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/1993
36	박재운	교육을 위한 공익적 출현제도 분석 ( I ) : 영국의 교육진흥 신탁 제도를 중심으로	교육법학연구/대한교육법학회 /1988
37	서원우 김상용	현행 토지법의 재평가 - 토 지에 관한 사익과 공익의 조 정을 중심으로	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/1987
38	김치선 김유성	공익사업에 있어서의 노사관 계 - 특히 아시아제국 예를 중심으로	서울대학교 법학/서울대학교 법학연구소/1985
39	서원우	公益訴訟에 있어서의 法官의 役割	법조/법조협회/1984
40	백완기	공익에 관한 제학설(諸學說) 의 검토	법학행정논집/고려대학교 법 학연구원/1981

법학에서 이루어진 선행연구를 보면 주로 법철학을 연구하는 학자들 사이에서 공익이 무엇인지 규명하고자 하는 시도가 지속적으로 있어 왔다(김도균, 2006; 최송화, 2002). 만일 개별법규에서의 공익을 규범구성적인 존재로 인식한다면 공익 판단은 법외적 판단의 영역이 더 이상 아니다. 그렇다면 법원과 헌법재판소는 공익판단의 과정에 대한 재판 통제의

기법을 개발하는 한편 재판기관 스스로의 실체적 공익판단이 타당할 수 있는 영역과 재판기관 스스로에 의한 실체적 공익판단보다는 공익판단과정의 합리성, 논거의 명확성만을 심사할 수 있는 영역을 구분하기 위해 애써야 한다. 재판기관은 공익결정과정에서의 절차적 적법성을 검토하여 공익결정과정에서 관계된 모든 이익이 공평하게 참여할 기회를 보장받았는가를 심사하는데 역점을 둘 필요성이 있다(최송화, 2006). 공익을 범문제로 인식할 경우에는 법해석론의 영역에서 범주화된 공익 개념 상호간 또는 공익과 사익간의 이익형량을 위한 이론이 요구된다.

또한 행정법 학자들 간에는 법의 규제적 성격을 설명하면서 공익 간의 관계를 설명하고자 하는 시도가 있었다. 이원우(2008)는 효율성과 자유는 공익과 대립·충돌하는 가치가 아니라 공익의 구성요소라고 인식하고, 이러한 관점에서 정부규제가 사익에 의해 왜곡되고 공익 실현에 실패할 수도 있듯이 시장경쟁도 왜곡돼서 효율적 자원배분에 실패할 수 있다고 본다. 이는 기존의 ‘시장=효율=경쟁’이라는 등식이나 ‘정부=공익=규제’라는 등식을 부정했다는 의미가 있다.

생각건대 연구자가 실시하고자 하는 것처럼 헌법재판소에서 ‘공익’이 언급된 판례를 조사하여 공익의 유형을 나누어서 분석하려는 시도를 한 선행연구는 최소한 국내에서는 없는 것으로 판단된다. 다만 행정학계에서 1950년부터 2008년까지 만들어진 법률 중에서 공익과 관련된 내용을 분석하여 공익의 유형화를 시도한 논문은 존재한다(이계만, 안병철, 2011). 법률의 경우 입법 단계에서 어떠한 공익이 입법자의 고려 대상이었는지 확인할 수는 있으나 이해관계자들 간의 갈등 내에서 찾을 수 있는 이익간의 대립 구조를 파악하기에는 한계가 있다. 이익집단간의 갈등을 전제로 이를 공정한 절차에 의해 조정함으로써 공익을 달성한다는 과정설의 입장에서는 법률보다는 판례를 분석하는 것이 공익을 이해하는데 더 도움이 된다.

참고로 미국의 경우에는 legal model, extralegal model 등을 사용하여 대법원의 판결의 변화를 분석함으로써, 공익(public interest)이 어떠한 식으로 해석되어왔는지 관찰하는 연구가 진행된 바 있다(George, T. E.,

Epstein, L., 1992). 또한 공익을 지키기 위하여 국민이 활용할 수 있는 구제수단이 행정소송임에 착안하여 Farhang(2009)은 미국 의회가 정책 수단으로서 경제적인 유인수단인 행정소송을 활용하였고 시민의 권리에 대한 정책 주체들 간의 갈등을 해결하도록 하였다는 가설을 검증하기도 하였다.



## 제3장 연구설계 및 분석방법

### 제1절 내용분석의 의의

헌법재판소가 공익을 둘러싼 갈등 상황에서 어떠한 입장을 취하고 있으며 현재가 공익을 어떠한 의미로 사용되어 왔는지 파악하기 위해서는 질적 연구방법 중 내용분석(Content Analysis) 방법이 사용될 수 있다. 일반적으로 사회학에서 양적 분석방법인 서베이와는 달리, 현재 판례가 전달하려고 하는 메시지 등을 주요 연구대상으로 취급하기 때문에 여기서는 질적 연구방법을 선택한다. 참고로 Kerlinger는 여러 학자들이 공통적으로 제시했던 체계적인 양적 분석 방법의 중요성을 언급하면서도 연구자들은 명확하게 드러난 메시지에 대한 체계적인 분석과 더불어 메시지 내용에 숨겨져 있는 추상적 이론적 개념들과의 관계도 추론해야 한다고 언급한 바 있다(Kerlinger, 1973).

내용분석은 의사전달의 내용이나 기록물의 특성을 객관적이고 체계적인 방법으로 추론하는 연구방법이다. 즉 질적 내용분석에서는 존재론적 측면에서 연구하려는 대상이 객관적으로 존재하는 것이 아니고 사람들이 주관적으로 만들어지는 것이다(김병섭, 2010). 특히 공익의 경우 사람들의 머릿속에 있는 주관적인 개념이기 때문에 양적 분석을 사용하여 그 실체를 파악하기에는 난이하다. 본 논문에서는 헌법재판관 9인이 현재의 입장을 대표하여 판결을 내릴 때 공익에 대한 인식을 표현한 판결문 문구가 조사 대상이다. 참고로 공익처럼 추상적인 개념에 대한 내용분석을 시도한 선행 연구로는 한국형사정책연구원(1994)이 발행한 「음란물의 유해성과 그 규제실태에 관한 연구: 음란비디오에 대한 내용분석을 중심으로」가 있다. 여기서는 비디오에서 성적활동, 공격성, 성적 공격성의 표현과 그 표현 정도에 따라 이를 기호화하고, 이러한 묘사와 내용과 성격을 부호화함으로써 내용 분석을 시도하였다.

여기서 Glaser & Strauss(1967)에 의해 만들어진 근거이론(grounded theory)은 실제 자료에 근거하여 이론을 귀납적으로 만들어내는 질적 연구방법을 적용한 이론개발과정이다. 이는 현장의 자료로부터 이론을 만들어내는 귀납적 연구방법이기에 어떠한 특정 이론이나 가설을 미리 상정하거나 고려하지 않는다. 또한 질적 연구방법 중에서 내용분석(content analysis)은 조사자가 문서에 기록된 사회적 구조물(artifacts)의 종류를 수집, 분석하는 것이다. 따라서 해당 연구에서는 공익에 대한 유형을 만들어냄으로써 연구를 시작하고 이를 수정·보완하는 과정을 통해 공익을 재해석하고자 한다.

내용분석의 장단점으로는 다음과 같은 사항이 있다. 장점으로는 장기간에 걸쳐서 발생하는 문헌 자료를 대상으로 소급하여 실행될 수 있는 점이 우선적으로 고려된다. 또한 대규모의 조사원이나 특별한 장비가 요구되지 않기에 시간과 비용이 절감된다. 그러나 내용분석은 기록되어 있는 의사전달만을 분석해야 하기 때문에 기록에 남아 있지 않은 것은 분석하기 난이하다. 설령 기록된 내용이 연구자가 알고자 하는 결과를 반영한다고 하더라도 타당성의 문제가 발생할 수 있다.

## 제2절 연구의 절차

### I. 연구의 대상과 표본 선정

본 논문의 목표는 헌법재판소의 판례를 통하여 공익의 의미를 구체적으로 파악하는 것이므로 연구모집단은 1988년 9월 1일부터 2013년 2월 28일까지(종국일자 기준) 헌법재판소가 판결한 모든 사건이다. 분석단위는 헌법재판소의 위헌법률심판(헌법재판소법 제41조 1항), 동법 제68조 제1항에 근거한 헌법소원(권리구제형 헌법소원), 동조 제2항에 근거한 헌법소원(위헌심사형 헌법소원)<sup>14)</sup> 판결의 본안 판단에서 현재의 주문에 해당하는 의견 부분이다. 여기서 헌법재판소의 권한쟁의심판, 탄핵심판, 정당해산심판을 제외한 이유는 권력구조 내의 갈등을 해결하는 특성이 강하기 때문에 해당 논문과 관련이 없다고 생각하기 때문이다.

이 때 헌법소원의 유형을 두 가지로 구분하는 이유는 다음과 같다. 권리구제형 헌법소원의 경우 국민이 공권력에 의하여 기본권의 침해를 주장하면서 국가로 하여금 자신의 권리를 구제해줄 것을 요구하는 심판이기에, 자신의 소송 과정 중에 특정 법률의 적용으로 인해 승소 여부가 결정되는 경우 그 법률이 합헌인지 여부를 판단해달라는 위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원과 법적 성격이 다르다. 참고로 현재는 위헌심사형 헌법소원은 위헌법률심판과 법적 성격이 동일하다고 판시한 바 있다.

연구자는 검색 대상에서 각하된 사건들은 본안 심리가 없기 때문에 배제하였다. 본안 판단까지 소송이 진행되지 않은 경우에는 기본적인 소송요건(청구인 적격, 청구기간 등)이 구비되지 않은 결과 법률의 위헌성 여부, 공권력 행사로 인한 기본권의 침해 여부가 전혀 다루어지지 않기에

---

14) 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원, 제2항의 헌법소원은 법적 성격이 다르기 때문에 학계에서는 이를 엄격히 구분하여 이해하고 있다. 여기서는 편의상 헌법재판소법 제68조 제1항의 헌법소원을 ‘권리구제형 헌법소원’, 동법 제68조 제2항의 헌법소원을 ‘위헌심사형 헌법소원’이라 사용하기로 한다.

논문에서 알고자 하는 ‘공익’ 개념이 등장하지 않기 때문이다.

헌법재판소의 판례는 크게 주문과 이유로 구성된다. 주문은 각하를 제외하였으므로 기각 또는 인용(위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원의 경우 위헌, 헌법불합치 등의 주문이 등장함)이 언급된다. 이유에서 각 사건의 개요, 청구인들의 주장요지와 피청구인의 답변요지, 참고인들의 입장이 제시된 다음, 해당 사건에 대한 소송의 적법요건이 충족되었는지를 검토한 다음 본격적으로 재판관의 본안 판단이 등장한다. 연구자는 재판문의 본안 판단만을 분석하였으며, 그 중에서 각 사건에서 헌재가 취하는 주문과 일치하는 재판관의 주장만을 검토하였다. 평등권을 제외한 나머지 기본권의 제한 내지 침해 여부를 다루는 사안에서 헌재는 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성, 법익 균형성이라는 네 가지의 단계를 이용하여 사안을 검토한다. 참고로 ‘공익’이라는 단어는 ‘목적의 정당성’ 또는 ‘법익 균형성’의 단계에서 가장 많이 등장한다.

헌법재판소에서 제공하는 판례검색 사이트<sup>15)</sup>를 이용한 결과 먼저 위헌법률심판(헌가 사건 유형)의 경우 ‘공익’이라는 단어가 사용된 판결은 159건이다. 위헌심사형 헌법소원(헌바 사건 유형)의 경우 ‘공익’이라는 단어가 들어간 판결은 641건이다. 권리구제형 헌법소원(헌마 사건 유형)의 경우에는 466건이다. 연구자는 총 1,266개의 헌법재판소 판례에 대한 내용분석을 시도하였다.

헌법재판소의 판례에 대하여 내용분석을 하기 위해 무작위 표본추출이 아닌 이론적 표본추출(theoretical sampling) 과정을 거친다. 이론적 표본추출에서는 표본의 대상이 사람이 아닌 개념이며, 이론의 구축에 필요한 자료를 제공할 수 있다면 무엇이든 표본이 될 수 있다(김병섭, 2010). 수집한 자료들을 하나하나 검토하여 개념화한 후, 비슷한 개념(concept)들을 보다 추상성이 높은 범주(category)로 묶는 개방코딩(open coding)을 사용하고자 한다.

---

15) 헌법재판정보 <http://search.ccourt.go.kr>를 활용하였음. 다만 일부 판례의 경우 [www.lawnb.com](http://www.lawnb.com)을 이용하여 검색함.

## II. 공익의 유형별 코딩 구조

현재 판결문에서 등장하는 ‘공익’을 정정길(2010)이 설명한 공익의 주요 학설에 따라 4가지 유형으로 나누어서 분석을 하고자 한다. 이는 <표 2>에서 제시된 바와 같다.

<표 2> 공익의 4가지 유형

번호	학설	설명	문구
1	실체설	- 선형적으로 존재하는 공익의 존재를 긍정함	- 자유권, 평등권, 정의, 안전, 박애
2	공동체설	- 개인과 구별되는 공동체를 전제함. - 단순히 개인의 합 이상의 공동체로서의 생성적 속성을 고려함.	- 치안, 국방, 환경보존, 교육, 문화 등의 정부 기능 등
3	합계설	- 공익은 개별 이익들의 합. 최대다수의 최대행복이 공익임. - 개인의 이익이 극대화되면 전체이익이 극대화됨(공리주의와 유사).	- 재산권, 직업의 자유 등
4	절차설	- 정책결정과정에 정당한 결정자들이 참여하여 협상과 타협에 의해 공익이 정해짐. - 누가 공익결정에 참여하여 어떠한 절차를 거치며 무엇이 합리적인지 논의됨(민주성) - 공익 논의는 정책 과정에서 구체화됨.	- 정책내용을 합리적으로 결정하기 위해 참여자가 지켜야 할 규칙과 규범 - 합리적 결정을 위한 민주적이고 전문적인 의사결정과정 자체

## 1. 공익실체설의 경우-기본권의 충돌

우선 공익이 사익과는 다른 특성적 이익이 있다고 주장하는 공익 실체설과 공동체설의 입장에서는 공익과 사익을 별도로 구분할 필요가 있다. 이 때 사익이 헌법에서 근거한 기본권인지, 아니면 단순히 법률에서 인정하는 권리인지를 구분할 필요가 있다. 원리적으로 말하면 의회의 입법형성의 자유가 인정되는 범위에서 선택의 재량에 의해 창설된 권리는 법률상의 권리이고, 이와 달리 의회에 선택의 재량이 인정되지 않고 헌법의 기본권조항이 직접 지시하는 바에 따라 의회가 확인하여 구체화하고 세밀화한 권리는 헌법상의 권리, 즉 기본권이라고 할 수 있다(정종섭, 2011). 생각건대 본 논문에서는 각하판결은 제외되므로 실제로는 헌법상의 기본권으로서의 사익이 주로 논의될 것으로 예상된다.

<표 3> 법적으로 보호되는 가치·이익

수준 보호정도	이익	권리
헌법적 수준	헌법상의 가치·이익	기본권
법률적 수준	법률상의 가치·이익	법률상의 권리

연구자는 헌법상 기본권으로서의 사익을 공익 실체설의 기본적인 규범적 가치로 전제하고자 한다. 이는 자연법적인 인권 이외에도 헌법상 명문화된 기본권까지 포함하여 외연을 확장한 것이다. 이는 국가가 국민의 기본권을 보호·보장해야 한다는 헌법상 의무(헌법 제10조 참조)<sup>16)</sup>에 근거한 기본권의 대국가적효력에 의한다. 이 경우에는 기본권이 단순히 개인의 이익에 한하는 것이 아니라, 국가 행정의 기본 목표로서 작용되

16) 헌법 제10조 2문 ‘국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’

며 ‘공익’으로서의 성격을 갖는다. 가령 국가가 국민의 근로3권(헌법 33조)을 보장하기 위하여 노동조합및노동조정관계법을 만들었다면 이는 공익 실체설에 의한 것이다. 여기서는 ‘공익’의 개념으로 발전된 사익과 그렇지 않은 사익 간의 대립 구조가 형성된다. 이 때 헌법상 기본권과 법률상 권리가 충돌한 구조에서 헌법재판소는 전자의 권리가 우선적으로 보호되어야 한다고 판단한다.

문제는 헌법상 기본권끼리 충돌하였을 경우이다. 법률상 보호하고자 하는 국민의 기본권과 그 법률로 인하여 직·간접적으로 영향을 받는 다른 국민의 기본권끼리 충돌하였을 경우에 헌법재판소가 무엇을 공익이라 결정해야 할지 문제된다. 법학에서는 이러한 기본권 간의 갈등 구조에서 어떠한 기본권이 국가로부터 보호·보장되어야 할지에 대하여 ‘기본권의 충돌’이라는 개념을 이용한다. 상이한 기본권 주체가 서로 상충되는 이해관계로 인하여 각각 상이한 또는 동종의 기본권을 주장하는 경우로서, 각각의 기본권 주체가 국가를 상대로 하여 기본권의 대사인적 효력을 주장하는 것이다. 이에 대한 해결 원칙으로 이익형량의 원칙이론, 규범조화적 해결원칙 등이 등장한다. 여기서 어느 것을 택할지는 헌재가 분명한 원칙을 정하고 있지 않고 있다.

연구자는 헌법재판소가 해당 법률의 입법목적의 정당성과 법익균형성을 심사하는 과정에서 ‘공익’이라는 표현이 자주 등장함을 쉽게 파악할 수 있었다. 이 때 헌재가 표현하는 공익이 국가공동체와 관련되지 않고, 개인의 선택적인 권리와 이를 뒷받침하기 위해 파생된 기본권인 경우를 공익실체설의 공익으로 판단하였다. 이는 기본적으로 개인의 기본권이자 사익이었던 이익이 국가를 상대로 자신의 권리를 지켜줄 것을 요구하는 기본권의 대국가적 효력에 의하여 ‘공익’으로 성격이 전환된 것이다.

따라서 공익 실체설에 의한 공익인지 판단하기 위해서는 우선 헌법에서 정하고 있는 기본권이 무엇인지 정리할 필요가 있다. 헌법재판소 판결에서 해당 사건에 적용되는 사익과 그 조문을 명시하고 있기 때문에 헌법 또는 법률의 조문을 기준으로 나누는 것이 사법부의 견해를 객관적

으로 해석함에 있어서 타당하다. 이는 다음의 <표 4>에 제시되어 있다.

<표 4> 기본권의 유형<sup>17)</sup>

유형	권리	근거 조문	문구
인간의 존엄성	인간의 존엄과 가치, 행복추구권	헌법 제10조	- 인간의 존엄성, 일반적 행동자유권, 기부금을 모집할 자유, 계약의 자유, 위험한 스포츠를 즐길 권리, 자기결정권, 인격권, 초상권 등
평등	평등	헌법 제11조, 제31조 제1항, 제32조 제4항 제36조 제1항, 제41조 제1항, 제67조 제1항,	- 법 앞의 평등, 상대적 차별(본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게 취급), 합리적 근거가 있는 차별, 혼인과 가족생활에서의 남녀평등, 교육의 기회균등, 선거권의 평등, 노동관계에서의 여성 차별 금지 등
생명 및 인신의 자유	생명 및 인신의 자유	헌법 제12조, 제13조	- 생명권, 인신을 훼손당하지 않을 권리, 신체의 자유, 이중처벌 금지, 친족의 행위로 인한 불이익 처우의 금지, 무죄추정의 원칙, 영장주의, 진술거부권, 변호인의 조력을 받을 권리, 부당한 체포·구속으로부터의 자유, 고문받지 않을 자유 등
정신적 자유	양심의 자유	헌법 제19조	- 옳고 그른 것에 대한 판단을 추구하는 가치적·도덕적 마음이 짐으로 그 형성과 변경에 외부적 개입과 억압에 의한 강요가 있어서는 안 되는 인간의 윤리적 내

17) 이는 정종섭(2010)이 제시한 기본권의 유형을 참고하였다.



			심 영역, 양심형성의 자유, 양심 활동의 자유 등
	종교의 자유	헌법 제20조	- 신앙고백의 자유, 종교적 의식·집회의 자유, 종교적 결사의 자유, 종교 분리의 원칙 등
	학문의 자유	헌법 제22조	- 연구의 자유, 학술활동의 자유, 교수의 자유, 연구결과발표의 자유, 학술적 집회·결사의 자유, 대학의 자유 등
	예술의 자유	헌법 제22조	- 예술창작의 자유, 예술표현의 자유, 예술적 집회·결사의 자유 등
	언론·출판의 자유	헌법 제21조	- 의사표현의 자유, 보도의 자유, 편집과 보도의 자유, 취재의 자유, 반론권, 해명권, 허가·검열을 받지 않을 자유 등
	집회·결사의 자유	헌법 제21조	- 집회와 결사에 대한 허가 금지, 집단적 의사표현의 자유 등
사생활 및 정보의 자유	주거·사생활의 자유	헌법 제16조, 제17조	- 주거의 불가침, 쾌적한 주거생활의 보장, 사생활의 비밀의 불가침 등
	통신의 비밀·정보의 자유	헌법 제18조	- 통신의 비밀, 알 권리, 자기정보관리·통제권, 정보접근권, 정보수령권 등
사회·경제적 자유	거주·이전의 자유	헌법 제14조	- 국내외 거주·이전의 자유, 해외여행의 자유, 입국의 자유 등
	직업의 자유	헌법 제15조	- 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위해 행하는 계속적인 소득활동, 직업선택의 자유, 직업수행의 자유 등

	재산권	헌법 제23조 제1, 2항	- 사유재산제도, 재산권, 소급입법에 의한 재산권 박탈 금지, 재산상속의 보장 등
	단결권· 단체교섭권· 단체행동권	헌법 제33조	- 생존권, 사회적 기본권, 사회적 보호기능을 담당하는 자유권, 개인적·집단적 단결권, 소득적 단결권, 단체교섭권, 단체행동권 등
국민 참여적 기본권	선거권	헌법 제24조	- 국회의원·대통령·지방의회의원을 선출할 권리, 선거권 행사의 자유, 해외거주자의 부재자투표권 등
	공무담임권	헌법 제25조	- 공무담임의 기회 보장, 공직의 유지, 공무의 수행, 피선거권의 제한 등
	청원권	헌법 제26조	- 청구권으로서의 성질, 청원권 행사의 자유, 청원을 이유로 하는 차별대우나 불이익처분의 금지, 국가의 청원심사의무로부터 국가에 대하여 청원을 수리하여 심사할 것을 요구할 수 있는 청구권 등
	국민투표권	헌법 제72조, 헌법 제130조 제2항	- 중요정책에 대한 국민투표, 헌법개정에 대한 국민투표
사회권적 기본권	인간다운 생활을 할 권리	헌법 제34조 1항	- 헌법상 사회보장권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등이 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성되는 권리, 과소급부금지원칙, 법률상의 권리로서의 사회보장수급권과 공무원연금법상의 연금수급권 등

	근로의 권리	헌법 제32조	- 일할 환경에 관한 권리, 해고의 자유, 국가를 상대로 취업기회를 제공할 정책을 수립할 것을 요구할 권리, 강제 근로의 금지, 근로조건의 법정주의, 여성과 연소자의 근로에 대한 특별한 보호 등
	교육을 받을 권리	헌법 제31조	- 수락권, 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리, 학습권, 부모의 자녀교육권, 교육기회청구권, 교원지위의 법정주의 등
	보건권	헌법 제36조 제3항	- 위생시설의 설비, 전염병에 대한 예방접종 및 전염병환자의 관리 등
청구권적 기본권	재판청구권	헌법 제27조 제1, 3, 5항	- 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판, 대법원의 재판을 받을 권리, 재심청구권, 신속하고 공정한 재판을 받을 권리, 형사피해자의 재판절차진술권 등
	국가배상청구권	헌법 제29조	- 군인·군무원 등의 이중배상금지, 공무원의 직무상 불법행위 등
	손실보상청구권	헌법 제23조 제3항	- 재산권, 공공필요, 특별희생의 존재 여부, 완전보상 등
	형사보상청구권	헌법 제28조	- 형사피의자 또는 형사피고인으로서의 구금, 불기소처분 또는 무죄판결로 인한 정당한 보상 등
	범죄피해자 구조청구권	헌법 제30조	- 사회보장적 성격을 띠는 청구권, 입법부작위에 대한 재판청구권, 생존권적 성격 등

	환경권적 기본권	헌법 제35조	- 건강하고 쾌적한 환경, 일조권, 조망권, 국가와 국민의 환경보전 노력의무, 환경분쟁조정제도 등
--	-------------	---------	--

## 2. 공동체설의 경우-공동체의 존속·유지·발전

공동체설에서의 공익은 공동체 자체의 생성적 속성에 근거하여 공동체의 발전, 공동체의 유지, 공동체 자체의 운영을 위한 것으로 범주를 나눈다. 이때의 사익은 헌법상 기본권으로서 제시되는 이익과 그렇지 않은 이익을 모두 포함한다. 공동체설은 공익과 사익을 비교교량하여 후자가 우선되는 경우에는 전자의 이익을 제한하게 된다. 이는 헌법 제37조 2항에 근거한 합헌적인 해석을 가능하게 한다.

헌법 제37조 제2항은 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리’를 위해 헌법상의 기본권을 제한할 수 있다고 규정한다. 이는 단순한 예시가 아니라, 한정된 의미를 가진다. 즉, 세 가지 사유가 아니고서는 국가권력이 기본권을 제한할 수 없다는 뜻이다. 그렇다면 1987년 당시의 헌법개정권자는 공익을 헌법 제37조 제2항의 ‘국가안전보장, 질서유지, 공공복리’로 해석한 것이다. 이는 공동체의 고유한 속성에 의하여 충분히 설명될 수 있으며, 1987년 헌법은 기본적으로 공동체설의 공익에 입각하여 만들어졌다고 할 수 있다.

따라서 연구자는 ‘국가안전보장’, ‘질서유지’, ‘공공복리’를 공동체 자체의 속성에 의하여 설명하고 이에 따라 내용분석을 진행하기로 결정했다.

편의상 우선 ‘공공복리’를 설명한다. 헌법재판소는 우리 헌법이 제119조 이하의 경제의 장에서 ‘균형 있는 국민경제의 성장과 안정, 적정한 소득의 분배, 시장의 지배와 경제력남용의 방지, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화, 균형 있는 지역경제의 육성, 중소기업의 보호육성, 소비자보호 등’의 경제영역에서의 국가목표를 명시적으로 언급함으로써 국가가 경제정책을 통하여 달성하여야 할 ‘공익’을 구체화하고, 동시에 헌법

제37조 제2항의 기본권제한을 위한 법률유보에서의 ‘공공복리’를 구체화하고 있다고 판시한 바 있다.<sup>18)</sup> 생각건대 독일이 개별적 법률유보규정을 실시하고 있는 것과 달리, 우리 헌법은 국민의 기본권을 제한할 수 있는 일반적 법률유보규정으로 헌법 제37조 제2항을 두고 있다. 이는 헌법재판소의 판시대로 경제 영역의 국가개입을 정당화하는 근거로 사용된다.

이러한 헌법재판소의 해석에 의할 때, 연구자는 개인의 사적 기본권 중에서도 재산권, 직업의 자유를 제한하는 법률이 ‘공공복리’라는 목적으로 정당화되는 경우가 많음을 알 수 있었다. 이는 국가가 사적 영역 중에서도 핵심에 해당하는 경제 분야에 개입하여 산업을 규제하거나 발전시킬 경우이다. 가령 특정 산업에 대하여 일정 조건을 갖추지 못한 자가 진입하는 것을 막거나, 지역 경제 발전이라는 명목으로 보조금 등을 지급하는 사안이 있다. 따라서 내용분석을 할 때 헌법재판소가 명시적으로 헌법 제119조 이하의 조문, 재산권의 공용수용을 정당화하는 헌법 제23조 3항을 언급한다면 이는 헌법 제37조 2항의 ‘공공복리’를 위한 것으로서 ‘공동체 발전’이라는 공익을 달성하기 위한 것이라 판단하기로 했다.

두 번째로 ‘국가안전보장’이다. ‘국가안전보장’의 경우 일반적으로 국방영역을 생각하는 경우가 많기 때문에 논란의 여지가 있다. 헌법재판소는 ‘헌법 제37조 제2항에서 기본권 제한의 근거로 제시하고 있는 국가의 안전보장의 개념은 국가의 존립·헌법의 기본질서의 유지 등을 포함하는 개념으로서 결국 국가의 독립, 영토의 보전, 헌법과 법률의 기능, 헌법에 의하여 설치된 국가기관의 유지 등의 의미로 이해될 수 있을 것이다’라고 판시한 바 있다.<sup>19)</sup>

이러한 현재의 태도에 비추어서 국가안전보장은 ① 협의의 국가안전보장으로서의 국방(국가의 독립, 영토의 보전), ② 헌법에 의한 국가기관, 제도의 유지, ③ 헌법과 법률의 기능을 확보하는 것으로 나눌 수 있다.

18) 憲裁 1996. 12. 26. 96헌가18

19) 憲裁 1992.2.25. 89헌가104 이 때 밑줄은 연구자가 그음.

연구자는 ②의 경우 헌법이 만든 국회, 행정부, 사법부, 헌법재판소 네 기관의 정체성과 기능에 초점을 두었다. 여기에는 입법자에게 명백히 헌법에 위반되는 경우가 아니라면 광범위한 입법재량권을 부여하는 것, 국가의 재정을 확보하기 위하여 조세·부담금 등을 부과하거나 행정의 전문성·효율성·공정성<sup>20)</sup>을 강조하는 것, 사법부의 재판의 효율성과 공정성을 기하기 위하여 변호사, 법무사 등의 특정 직업군을 형성하는 것을 포함시켰다.<sup>21)</sup> ③의 ‘헌법과 법률의 기능’ 보호는 대한민국이라는 국가 공동체가 지키고자 하는 신념과 동일시할 수 있다고 판단했다. 이는 친일행동으로 축적된 재산을 환수하거나, 일정 제재를 가하는 입법 등을 정당화하는 공익으로서, 헌법재판소는 주로 헌법 전문의 ‘3·1운동’, ‘불의에 항거한 4·19 민주이념’ 등의 표현을 사용한다. 생각건대 ‘국가안전보장’은 ‘공동체 자체의 존속’과 관련된다.

마지막으로 ‘질서유지’에 대한 해석이다. 이미 ‘국가안전보장’에서 대외적으로 공동체를 보장하기 위한 국방이 언급되었기 때문에 연구자는 ‘질서유지’에서의 질서를 공동체 내부의 질서로 한정지었다. 이는 ① 협의의 질서유지로서의 치안뿐만 아니라 ② 국가 형벌권의 집행<sup>22)</sup>, ③ 사적 영역에서 자율에 맡겼을 경우 법적 분쟁과 혼란이 야기될 경우의 국가 개입을 정당화하는 것으로 해석될 수 있다.

여기서 ③의 경우 사적 영역에의 개입이라는 점에서 앞에서 언급된

20) 법률이 공무원에게 일정 수준의 도덕성과 공정성을 요구하면서 만일 해당 공무원이 집행유예 등의 형사처벌을 받을 경우 제재를 가하는 경우가 있다. 이러한 내용이 금융기관 종사자 등에게도 별도의 법률로서 확장되는 사례가 있다. 이 때에는 금융업의 공정성을 위한 것이고 기본적으로 사적 영역에 해당되는 것이기에 공동체설의 ‘질서유지’로 분류한다.

21) 참고로 특정 직업군을 형성함에 있어서 국가가 자격제도를 만드는 경우가 있다. 이 경우 원칙적으로 공동체설의 ‘질서유지’를 위한 것으로 분류하였다(의사, 한의사, 건축사 등). 그러나 국가의 고유 기능인 사법기능을 완전하게 하기 위한 목적이라면 공동체설의 국가안전보장을 위한 영역으로서 ‘공동체 자체의 존속’을 위한 것으로 분류하였다(변호사, 법무사 등).

22) 여기서는 국가 형벌권 이외에 부수적인 보안처분, 그리고 행정법상의 행정벌도 포함된다.

‘공공복리’ 또는 ‘공동체의 발전’과 구분할 필요가 있다. 생각건대 국가가 조정자의 역할로서 분쟁을 해소하는 것에 그친다면 ‘질서유지’, 여기서 더 나아가서 국가가 주도적으로 특정 산업의 발전을 주도할 경우에는 ‘공공복리’로 분류하면 어느 정도 해결될 것이라 판단된다.

그렇다면 공동체설이 추구하는 공익은 공동체 자체의 속성에 의하여 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한원리를 근거로 ‘공동체 존속’, ‘공동체 질서 유지’, ‘공동체 발전’ 세 유형으로 세분화할 수 있다.

### 3. 합계설의 경우

합계설의 경우 공리주의의 이념을 기초로 하기에 개개인의 사익의 합이 공익이 되는 형태를 찾아야 한다. 이는 공익과 사익을 구분하지 않는 입장이기 때문에 앞에서 언급한 공익실체설, 공동체설과 다르다. 연구자가 생각하는 합계설의 공익은 국가가 사적 영역에서 조정자의 역할을 하되, 법적 분쟁을 해소하거나 적극적으로 산업 육성에 나서지 않고 다만 개개인의 경쟁과 자율성을 확보함으로써 발생하는 이익이다.

### 4. 절차설의 경우

절차설은 정책결정과정에서 주로 논의된다. 해당 연구범위를 규범통제형 심판인 위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원으로 한정지은 결과, 정책결정권자가 ‘어떠한 절차’를 거쳐서 정책을 만드는지를 알 수는 없다. 다만 연구자가 분석하는 규범통제형 심판에서는 ‘누가’ 정책결정권자가 되어야 하는지와 관련되어 선거 절차의 공정성을 절차설이 추구하는 공익으로 판단할 수 있다.

## 제4장 분석 결과

### 제1절 공익의 4가지 유형

헌법재판소의 판례에서 문제되는 법률이 추구하는 공익이 무엇인지 공익실체설, 공동체설, 합계설, 절차설 네 가지 유형으로 나누어서 분석한다. 공익실체설은 ‘1’, 공동체설은 ‘2’, 합계설은 ‘3’, 절차설은 ‘4’, 두 개 이상의 유형이 혼합된 경우는 ‘5’, 분석에서 제외되어야 하는 경우<sup>23)</sup>는 ‘99’로 코딩하였다. 연구자는 상대적으로 분석 대상인 판례 수가 적었던 위헌법률심판에서 반복적으로 사용되는 판례 문구들을 기초로 하여 앞의 네 가지 유형에 해당하는 공익 표현 문구들을 정리한 다음 위헌심사형 헌법소원의 내용분석에 착수하였다.

#### I. 공익 실체설의 공익

공익 실체설은 선형적으로 존재하는 공익의 존재를 긍정하며, 이는 헌법상의 기본권으로서의 사익이 국가의 기본권보호의무로 인하여 국가가 추구해야 할 공익으로 성격이 바뀌었다는 입장이다. 연구자가 내용분석을 한 결과 공익 실체설의 공익에 대한 표현은 다음과 같다. 청소년의 성, 국민의 생명권과 건강권, 태아의 생명권, 근로자들의 단결권, 근로자의 최저생활 또는 기본적 생활의 보장, 자연환경과 생활환경의 청결 및 수질오염의 감소, 선량한 성도덕을 수호하고, 혼인과 가족제도를 보장 등의 표현이 있다.

이는 입법자가 만든 법률이 추구하고자 하는 공익에 대한 것으로서 주로 인간의 존엄성(헌법 제10조), 생명 및 인신의 자유(헌법 제11조), 사

---

23) 가령 ‘공익법무관’, ‘공익사업’, ‘공익의 대표자로서 검사’라는 문구 때문에 판례 검색이 되었을 뿐이고 해당 연구 목적과는 관련이 없는 경우이다.



회·경제적 자유(헌법 제33조), 사회권적 기본권(헌법 제34조), 환경권적 기본권(헌법 제35조) 등이 논해진다.

공익 실체설에서 개인의 기본권이 서로 충돌할 경우 헌법재판소가 이익형량원칙, 규범조화적 해석원칙에 의하여 우선적으로 보호될 기본권을 결정한다. 예를 들어 임신부의 자기낙태죄(형법 제270조 제1항)의 경우 태아의 생명권<sup>24)</sup>과 임신부의 자기결정권이 대립한다. 낙태를 형벌로 처벌할 것인지에 대해서는 우리나라보다도 미국에서 논란이 많으며, 이에 따라 진보와 보수 진영의 지지 세력이 달라지곤 한다. 우리나라에서는 2011년 11월 11일 헌법재판소에서 낙태죄 위헌 심판을 공개변론으로 진행하면서 매년 100만 명 가까운 임신부가 불법이지만 낙태를 하고 있는 사회적 현실을 고려해야 한다는 주장이 제기되었다. 또한 임신부의 자기결정권에서 더 나아가서, 불법 낙태시술을 함에 따라서 발생하는 임신부의 생명권이 문제되는 사안이기때, 형법 제270조의 기본권의 충돌은 ‘태아의 생명권 대 임신부의 생명권의 충돌’로 보는 견해도 있었다. 이처럼 헌법재판소가 재판부 내에서 결정을 하기 전, 사회적으로 논란이 되는 사건의 경우 다양한 참고인들의 의견을 반영하기 위하여 공개 변론을 여는 것은 자의적으로 헌법의 위헌여부를 결정하는 것이 아니라, 국민들의 입장에서 주장하는 기본권과 공익을 서로 다각도에서 분석해봄으로써 갈등문제를 조화롭게 해결하고자 하는 노력이라 할 수 있다.

낙태죄의 위헌 여부에 대해 헌법재판소는 2010헌바402판결에서 합헌의견 4인, 위헌의견 4명으로 위헌결정을 내릴 수 있는 최소 인원인 6명이 되지 못한 결과 합헌 결정을 내렸다. 찬성 의견을 제시한 재판관은 ‘사익인 임부의 자기결정권이 위 조항을 통하여 달성하려는 태아의 생명권 보호라는 공익에 비하여 결코 중하다고 볼 수 없다’고 판시하였다. 즉, 이

---

24) 아직 인간으로서 태어나지 않은 태아에게 기본권이 있는지에 대한 논란이 있다. 그러나 현재는 태아가 비록 그 생명을 유지하기 위해서는 모에게 의존해야 하지만 그 자체로 모와 별개의 생명체이고 특별한 사정이 없는 한 인간으로 성장할 가능성이 크므로 태아에게도 생명권이 인정되어야 한다고 본다(憲裁 2012.8.23. 2010헌바402)

때는 태아의 생명권이 공익이며, 임부의 자기결정권은 사익으로서 현재는 태아의 생명권이 우선적으로 보호되어야 하는 권리라 본 것이다. 이는 기본권 간의 우열을 인정하는 이익형량원칙에 따른 것이다.

반면 위헌의견을 제시한 재판관들의 근거는 해당 법률은 임신 초기의 낙태까지 전면적으로 금지, 처벌하고 있다는 점에서 임부의 자기결정권을 침해하며, 만일 임신 초기의 낙태가 허용된다면 임부가 의학적으로 안전하게 낙태시술을 받을 수 있도록 입법조치를 해야 한다는 주장하였다. 이는 태아의 생명권과 임부의 자기결정권의 가치를 존중하되 서로의 입장을 일정 부분 양보하는 규범조화적 해석으로 평가된다. 생각건대 합헌의견과 위헌의견은 4대 4로 대등하였다는 점을 고려하면 나중에 헌법재판소의 입장이 변경될 여지도 있다. 이 경우에는 공익이 태아의 생명권이 아니라, 임부의 자기결정권으로 바뀌게 될 것이다.

이처럼 헌법재판소의 판결에 따라서 사익과 사익간의 충돌로 보이는 사건도 공익과 사익의 충돌로 성격이 전환된다. 이는 형법 제241조의 간통죄 위헌심판에서도 확인할 수 있다. 간통죄의 보호법익은 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장(헌법 제36조)으로서 이는 개인의 성적 자기결정권(헌법 제10조)를 침해하는 것이 아니라는 것이 현재의 일관된 입장이다. 이는 기본권 간의 충돌로서 이익형량원칙에 따라 성적 자기결정권 보다는 혼인제도의 유지 및 가족생활의 보장이 공익의 위치를 차지한 사건이다.

다만 합헌과 위헌의견을 주장한 재판관들의 숫자는 조금씩 바뀌고 있다. 간통죄의 위헌여부를 처음으로 논한 89헌마82 판결에서는 6인 합헌, 3인 위헌으로 합헌 결정이 내려졌다. 이후 90헌가70에서는 89헌마82 판결을 그대로 인용하여 합헌을 유지하였고 2000헌바60 판결에서는 8명이 합헌, 1명만 위헌의견을 주장했다. 그러던 중 2008년 10월 30일 2007헌가17·21, 2008헌가7·26, 2008헌바21·47(병합) 판결에서는 합헌 4인, 위헌 4인, 헌법불합치의견 1인으로 간통죄 폐지 주장이 수적으로 우세하게 되었다. 그러나 현재의 기존 입장을 변경하기 위한 정족수 6인을 채우지

못하여 간통죄는 2013년 현재 합헌으로 계속 남아있다. 당시 위헌을 주장한 김종대, 이동흡, 목영준 재판관은 ‘오늘날 성에 대한 국민 일반의 법감정이 변하고 있고, 도덕적으로 비난받을 행위 모두를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 바람직하지 아니’하다고 주장했다.<sup>25)</sup> 즉, 헌법과 법률의 조문이 오랜 기간 동안 바뀌지 아니하더라도 법을 해석할 당시의 일반인들의 법감정에 따라서 법률의 위헌 여부가 달라질 수 있다는 뜻이다. 이는 법률이 추구하고자 하는 공익이 수년 전에는 국가가 추구하는 올바른 가치일지 몰라도 시간이 경과함에 따라 변경될 수 있음을 암시한다.

실제로 일반인의 법감정에 따라 위헌 여부가 변경된 사안이 있다. 형법 제304조 혼인빙자간음죄의 경우 99헌바40, 2002헌바50 판결에서는 피해자 여성의 성적 자기결정권이 가해자 남성의 성적 자기결정권보다 보호받아야 하는 공익으로서 인정되었다. 당시의 판결에서 재판관 7인이 합헌, 2인이 위헌 의견을 제시하였는데, 흥미로운 것은 합헌의견 부분이다.

오늘날 세계 각국의 제도가 혼인빙자간음죄를 처벌하지 아니하는 추세이고, 최근 들어 급속한 성윤리의 개방화로 국민들의 성에 관한 인식과 이에 대한 법감정에 엄청난 변화가 진행 중에 있어 그 규범력과 실효성이 점차 약화되고 있음을 부인할 수 없다. (중략) 그러나 이러한 사정에도 불구하고 우리 사회에서 혼인의 순결과 미혼여성의 정절관념은 전통적인 윤리·가치로서 여전히 뿌리깊게 자리잡고 있어 혼인빙자간음죄는 사회질서를 해치고 타인의 권리를 침해하는 경우에 해당한다고 보는 우리의 법의식은 여전히 유효하다고 본다.

---

25) 간통죄 폐지를 주장한 나머지 두 명의 재판관 중에서 김희옥 재판관은 도덕적 비난가능성이 없거나 근소한 행위에까지 형벌을 부과하는 것은 옳지 않음을, 송두환 재판관은 법정형이 징역형만 규정한 것이 책임과 형벌간 비례 원칙에 위배됨을 근거로 제시했다.

헌법재판소는 위의 판결이 내려진 2002년 10월 31일에서 약 7년이 지난 후에 형법 제304조를 위헌이라 판결함으로써 입장을 변경하였다(憲裁 2009. 11. 26. 2008헌바58). 위헌 의견은 ‘해당 법률이 여아를 유아(幼兒) 시함으로써 여성을 보호한다는 미명 아래 사실상 국가 스스로가 여성의 성적 자기결정권을 부인하는 것’이라 판시하여 기존의 현재 입장과는 명확하게 선을 그었다.

이처럼 단순히 개인의 기본권인 사익으로만 해석할 경우 사익과 사익이 충돌할 때의 해결방안이 없기 때문에 헌법재판소와 같은 국가기관의 결정이 필요하다. 이로써 보호받게 되는 기본권은 공익으로 전환되게 된다.

참고로 연구자는 <표5>에서 개별 헌법재판소 판결에서 문제되는 공익과 청구인이 침해받았다고 주장하는 권리 침해 등을 정리하였다.

<표 5> 공익에 대한 현재 판결문의 표현(공익 실체설)

공익 실체설		청구인이 주장하는 권리 침해 및 헌법원리	판결에서 문제된 법률 또는 사건
헌법 제10조	- 청소년의 성 보호 <sup>26)</sup>	- 인격권(헌법 제10조), 평등원칙(헌법 제11조), 이중처벌금지원칙(헌법 제13조), 사생활의 자유 (헌법 제17조)	- 청소년의성보호에관한 법률 제20조 제2항 제1 호
	- 국민의 생명 권과 건강권을 보호 <sup>27)</sup>	- 비의료인의 직업의 자 유(헌법 제15조), 의료소 비자의 의료행위선택권 (헌법 제10조), 명확성원 칙(헌법 제12, 13조)	- 구 의료법 제25조 제1 항
	- 국민을 성폭 력 범죄로부터	- 인격권(헌법 제10조), 신체의 자유(헌법 제12	- 특정범죄자에 대한 위 치추적전자장치부착등에

	보호 <sup>28)</sup>	조), 형벌불소급원칙(헌법 제13조 제1항)	관한 법률 부칙 제2조 제1항
	- 태아의 생명권 보호 <sup>29)</sup>	- 자기결정권(헌법 제10조), 평등원칙(헌법 제11조), 책임과 형벌간의 비례원칙(헌법 제37조 제2항)	- 형법 제270조 제1항
	- 부실공사로부터 국민의 생명과 재산을 보호하여야 하는 공익 <sup>30)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 직업의 자유(헌법 제15조)	- 주택법 제24조 제1항 본문 등
헌법 제12조	- 피무고자의 개인적 이익을 보호 <sup>31)</sup>	- 과잉금지원칙(헌법 제37조 2항)	- 형법 제156조
헌법 제32, 33조	- 근로자의 이익과 지위의 향상을 도모하고 헌법상의 근로3권 보장 <sup>32)</sup>	- 계약의 자유(헌법 제10조), 평등원칙(헌법 제11조), 기업의 자유(헌법 제15조)	- 노동조합및노동관계조정법 제81조 제3호
	- 근로자들의 단결권을 강화 <sup>33)</sup>	- 결사의 자유에 대한 허가제 금지원칙(헌법 제21조 2항)	- 노동조합 및 노동관계조정법 제12조 제3항 제1호
헌법 제34조	- 장애인의 고용촉진 <sup>34)</sup>	- 계약의 자유(헌법 제10조), 평등권(헌법 제11조)	- 구 장애인고용촉진등에관한법률 제35조 제1항 본문 등
	- 임대보증금 회수의 확보를 통한 주택 임차인의 주거 안정(주택임대차보	- 소급입법금지원칙(헌법 제13조), 재산권(헌법 제23조)	- 구 임대주택법 제23조 제2호

	호법의 적용을 받은 경우) <sup>35)</sup>		
	- 건전한 게임 문화를 확립하여 국민의 문화적 삶의 질을 향상 <sup>36)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제 15조)	- 게임산업진흥에 관한 법률 제44조 제1항 제2호 등
	- 일반택시 운송종사자의 생활안정 <sup>37)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제 15조)	- 구 여객자동차운수사업법 제22조 제1항 등
	- 근로자의 최저생활 또는 기본적 생활의 보장, 사회 안정 <sup>38)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조)	- 근로기준법 부칙 제2조
	- 피해근로자의 생존권 보장을 위한 신속하고 공정한 보험급여의 지급 <sup>39)</sup>	- 계약의 자유(헌법 제 10조), 평등원칙(헌법 제 11조), 재산권(헌법 제23조)	- 산업재해보상보험법 제9조 제1항 등
	- 국민에게 안정적인 식량을 공급하기 위한 공익 <sup>40)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조)	- 구 농촌근대화촉진법 제129조 제3항 등
헌법 제35조	-자연환경과 생활환경의 청결 및 수질오염의 감소, 쾌적한 생활환경의 확보 <sup>41)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조)	- 토양환경보전법 제2조 제3호
	- 국민의 건강	- 평등원칙(헌법 제11조)	- 구 체육시설의 설치·

	증진과 여가 선 용 <sup>42)</sup>	조), 재산권(헌법 제23 조)	이용에 관한 법률 제30 조 제1항
	- 땅·물·공기· 기후·동식물 계 와 같은 자연재 의 효용성 및 자연과 풍경의 다양성과 미 (美)를 지속적 으로 보전하고 지속 가능한 이 용을 도모 <sup>43)</sup>	- 과잉금지원칙(헌법 제 37조 2항)	- 자연공원법 제11조 등
헌법 제36조	- 선량한 성도 덕을 수호하고, 혼인과 가족제 도를 보장 <sup>44)</sup>	- 성적자기결정권(헌법 제10조), 사생활의 비밀 과 자유(헌법 17조)	- 형법 제241조
	- 의료의 공익 성 <sup>45)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 포괄위임입법금지원 칙(헌법 제75조)	- 지방세법 제290조 제1 항, 지방세법 제184조 등

- 26) 憲裁 2003.6.26. 2002헌가14  
27) 憲裁 2010.7.29. 2008헌가19  
28) 憲裁 2012.12.27. 2010헌가82  
29) 憲裁 2012.8.23. 2010헌바402  
30) 憲裁 2007.5.31. 2007헌바3  
31) 憲裁 2012.7.26. 2011헌바268  
32) 憲裁 2002.12.18. 2002헌바12  
33) 憲裁 2012.3.29. 2011헌바53  
34) 憲裁 2003.7.24. 2001헌바96  
35) 憲裁 2011.11.24. 2010헌바120  
36) 憲裁 2010.2.25. 2009헌바38  
37) 憲裁 2009.9.24. 2008헌바75  
38) 憲裁 2006.7.27. 2004헌바20  
39) 憲裁 2004.10.28. 2003헌바70  
40) 憲裁 2000.4.27. 99헌바58  
41) 憲裁 2012.8.23. 2010헌바167

## II. 공동체설의 공익

공동체설은 공동체 자체의 생성적 속성에 의해 추구해야 할 공익이 정해진다. 연구자는 공동체 자체의 존속, 공동체의 질서유지, 공동체의 발전이라는 세 가지 범주로 나누어서 각각의 판례 표현을 정리해보았다.

### 1. 공동체 자체의 존속

헌법재판소가 공동체 자체의 존속을 공익으로 판단하여 표현한 문구는 다음과 같다. 국가기밀의 보호, 강제집행절차의 신속성, 공직 전체에 대한 신뢰 유지, 국가 재정 확보, 국가안보 및 병역의무의 공평한 부담, 법원 재판의 효율성 유지 및 질 하락 방지, 무의미한 절차의 반복 방지, 3·1 운동의 헌법이념에 따라 정의를 구현, 국고보조기관의 구조조정 등이 있다.

공동체설에서는 공익 실체설과 달리 애초부터 공동체의 속성에서 비롯된 공익과 개인의 사익간의 대립이 문제된다. 이를 설명하기 위하여 국가기밀보장이라는 이유로 국민의 재판청구권(헌법 제27조)이 제한되는 사례를 간단히 살펴보도록 한다.<sup>42)</sup> 헌법재판소는 국가정보원직원법 제17조 제2항<sup>43)</sup>에 대해 이는 지나치게 공익을 앞세워서 소송당사자의 재판청구권의 침해를 하였다는 이유로 헌법불합치결정을 내린 바 있다(憲裁 2002.11.28. 2001헌가28)<sup>44)</sup>. 현재는 재판절차 내에서 국가정보원의 업무활

---

42) 憲裁 2010.7.29. 2009헌바197

43) 憲裁 2006.1.26. 2005헌바18

44) 憲裁 2008.10.30. 2007헌가17

45) 憲裁 2001.1.18. 98헌바75

46) 공익을 이유로 기본권을 제한할 수는 있지만 기본권의 본질적인 부분을 침해할 수 없다는 것이 헌법과 현재의 기본 원칙이다.

47) 국가정보원직원법 제17조 제2항 ‘직원(퇴직한 자를 포함한다)이 국가정보원의 직무와 관련된 사항을 발간 기타의 방법으로 공표하고자 할 때에는 미리 원장의 허가를 받아야 한다.’

48) 해당 사건에서 원고는 국정원의 퇴직한 직원으로서 피고 국정원장을 상대



동과 관련된 국가기밀의 유지를 충분히 보장하여 국가정보원의 정보수집 및 관리활동에 지장을 받지 않도록 함으로써 국가이익을 도모하고자 하는 입법목적은 헌법상 정당한 공익이라 밝혔다. 그리고 허가권을 가진 국정원장이 소송상 피고가 되어 원고와 대립한다는 사정만으로 국가기밀 보호의 요청이 사라지는 것도 아니므로 그 수단의 적절성도 인정하였다. 그러나 국정원의 퇴직한 직원의 재판청구권이 국정원장의 허가 여부에 의해 직접 제한되므로 개인의 기본권 보장 문제와 국가기밀 보호라는 공익 유지의 문제가 대립되기에 헌법 제37조 제2항이 적용되어야 하며, 국정원장이 허가 여부를 결정함에 있어서 공익상 필요성 여부 등에 대한 아무런 제한요건을 정하지 않은 것은 국가비밀 보호라는 공익 유지에 편중하여 직원의 재판청구권을 지나치게 제한하는 것이라고 판시하였다.

즉, 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙이 적용되어 해당 법률은 목적의 정당성, 수단의 적절성은 인정되지만 피해의 최소성, 법익 균형성에 반하여 헌법에 위반된다는 것이다.<sup>49)</sup> 이에 따라 입법자는 해당 법률을 개정하여 동조 4항, 6항<sup>50)</sup>을 추가시킴으로써 국가기밀보호라는 공익과 개인의 재판청구권이라는 사익의 조화를 이루었다.

<표 6>은 개별 헌법재판소 판결에서 ‘공동체의 존속’이라는 공익과 청구인이 침해받았다고 주장하는 권리 침해 등을 정리한 것이다.

---

로 직권면직처분취소소송을 진행하던 중이었다. 이 때 원고는 국정원장에게 재판에서 직무상 비밀에 관련된 사항을 진술하고자 허가를 구했다. 국정원장은 처음에는 불허하다가 조건부 허가를 하였다. 행정법원은 원고가 소장 진술을 함에 있어서 피고 국정원장의 허가를 받아야 한다는 제약에 대한 근거 규정인 국가정보원직원법 제17조 제2항이 위헌 여부가 있다고 의문을 제기하여 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다.

49) 다만 현재는 법적 공백이 발생될 가능성, 입법자의 재량권을 고려하여 해당 법률의 헌법불합치 결정을 하되 잠정적용명령을 내렸다.

50) 국가정보원직원법 제17조 ④ 원장은 제2항 또는 제3하에 따라 허가 여부를 결정할 때 국가의 중대한 이익을 해치거나 군사, 외교, 대북관계 등 국가안위에 중대한 영향을 미치는 경우를 제외하고는 허가를 거부하지 못한다. ⑥ 원장이 제2항 또는 제3항에 따른 증언 또는 진술을 허가한 경우 법원은 공무상 비밀 보호 등을 위한 비공개 증언 등 적절한 조치를 할 수 있다. (전문개정 2011.11.22.)

<표 6> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(공동체설 중 공동체의 존속)

공동체설		청구인이 주장하는 권리 침해 및 헌법원리	판결에서 문제된 법률 또는 사건
공동체 자체의 존속과 운영 (국가 안전 보장)	- 국가기밀 보 호 <sup>51)</sup>	- 재판청구권(헌법 제27 조 제1항)	- 국가정보원직업법 제 17조 제2항
	- 강제집행절차 의 신속성 <sup>52)</sup>	- 재판청구권(헌법 제27 조 제1항)	- 음반비디오물및게임물 에 관한법률 제24조 제3 항 제4호
	- 공직 전체에 대한 신뢰의 유 지, 공직 제도 의 신뢰 <sup>53)</sup>	- 공무담임권(헌법 제25 조)	- 구 군무원인사법 제27 조
	- 과세표준을 양성화하여 탈 세를 방지하고 흔탁한 세징현 실을 바로잡 음 <sup>54)</sup>	- 조세평등원칙(헌법 제 11조, 38, 59조)	- 구 법인세법 제76조 제5항
	- 과징금 및 가 산금채권의 징 수확보 <sup>55)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재산권(헌법 제23 조),	- 구 파산법 제38조 제2 호
	- 교원의 사회 적 책임과 교직 에 대한 국민의 신뢰를 제고 <sup>56)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제 15조), 교원지위법정주의 (헌법 제31조)	- 사립학교법 제57조
	- 국가의 존립 과 모든 자유의 전제조건인 국 가안보 및 병역 의무의 공평한 부담 <sup>57)</sup>	- 양심의 자유(헌법 제 19조), 평등원칙(헌법 제 11조), 국제법 존중의 원 칙(헌법 제6조 제1항)	- 병역법 제88조 제1항 제1호

- 국회의원의 공정한 직무수 행에 대한 국민 의 신뢰 <sup>58)</sup>	- 연좌제금지(헌법 제13 조 제3항), 재산권(헌법 제23조)	- 공직자윤리법 제14조 의 4 제1항
- 군인이 복무 중 성실히 근무 하도록 유도하 고자 하는 공 익 <sup>59)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재산권(헌법 제23 조)	- 군인연금법 제33조 제 1항 제1호
- 납세의무자의 성실한 신고납 부의무의 이행 을 확보하고자 하는 것 <sup>60)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재산권(헌법 제23 조)	- 파산법 제38조 제2호 전단
- 납소의 방지 를 통한 법원기 능의 유지 확보 및 법원재판의 효율성유지 및 질 하락 방지 <sup>61)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재판청구권(헌법 제 27조 제1항)	- 민사소송등인지법 제2 조 제1항
- 소비단위별 과세실현 및 소 득의 재분배 <sup>62)</sup>	- 혼인과 가족생활의 보 장(혼인을 근거로 한 차 별 금지라는 헌법적 가 치, 헌법 제36조)	- 구 소득세법 제80조 등
- 조세회피 방 지, 세원의 적 절한 포착 및 조세징수 비용 의 감소 <sup>63)</sup>	- 포괄위임입법금지원칙 (헌법 제75조)	- 소득세법 제43조 제3 항
- 소송비용상환 재판의 집행으	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재판청구권(헌법 제	- 민사소송법 제117조 제1항 등

로 발생할 수 있는 국가 간의 분쟁을 미연에 방지64)	27조)	
- 병역의무의 공평성과 병역의무이행의 확실성65)	- 자기책임원칙(헌법 제10조), 포괄위임입법금지원칙(헌법 제75조)	- 구 병역법 제41조 제1항 제1호의2 등
- 공공기관이 관리하는 시험의 공정성 및 정확성 확보66)	- 명확성원칙(헌법 제12, 13조), 알 권리(헌법 제21조)	- 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제9조 제1항 제5호
- 무의미한 절차의 반복 방지67)	- 적법절차원칙(헌법 제12, 13조), 재산권의 공용수용(헌법 제23조 3항), 재판청구권(헌법 제27조)	- 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제96조 제2항 등
- 응능부담원칙의 적용을 통한 조세의 공평68)	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조)	- 구 상속세법 제18조 제1항 등
- 수산업의 육성 및 해양환경 개선 등을 위한 수산발전기금의 안정적인 운용 재원 확보69)	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조)	- 해양오염방지법 제46조의3 제1항
- 민사집행절차에서의 당사자 처분권주의와 잉여주의 원칙을 지키는 것70)	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조), 신속한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 1, 3항)	- 민사집행법 제102조 제1항
- 친일반민족행	- 인격권(헌법 제10조)	- 일제강점하반민족행위

위의 진상을 규명하여 정의로운 사회가 실현될 수 있도록 공동체의 윤리를 정립 <sup>71)</sup>		진상규명에 관한 특별법 제2조 제9호
- 정의의 구현, 민족정기의 복원, 3·1운동의 헌법이념 <sup>72)</sup>	- 소급입법금지원칙, 연좌제금지원칙(헌법 제13조), 재산권(헌법 제23조), 재판청구권(헌법 제27조),	- 친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법 제2조 등
- 왜곡된 한국반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과 정에서의 헌정질서 파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복 <sup>73)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조). 형벌불소급원칙(헌법 제13조)	- 5·18민주화운동등에 관한 특별법 제2조 제1항
- 행정심판 위원회의 심리·의결의 공정성 <sup>74)</sup>	- 정보공개청구권(알 권리, 헌법 제21조), 포괄위임입법금지원칙(헌법 제75조)	- 행정심판법 제26조의2
- 전국민을 대상으로 하는 국민연금제도의 운용을 확보하기 위한 것 <sup>75)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 소급입법금지원칙(헌법 제13조), 재산권(헌법 제23조 1항)	- 구 국민연금법 제67조 제1항

- 사법(司法)기능의 보호 <sup>76)</sup>	- 집회의 자유(헌법 제21조)	- 집회 및 시위에 관한 법률 제20조 제1호 등
- 국고보조기관의 구조조정 <sup>77)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제15조), 근로권(헌법 제32조)	- 한국보건산업진흥원법 부칙 제3조
- 적정한 전투력을 구비한 국군의 편성, 유지하는 공익 <sup>78)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 소급입법금지원칙(헌법 제13조)	- 구 병역법 제71조 제1항 단서
- 국가의 채권, 채무관계를 조기에 확정하고 예산 수립의 불안정성을 제거하여 국가재정을 합리적으로 운용하기 위한 것 <sup>79)</sup>	- 재산권(헌법 제23조)	- 예산회계법 제96조 제2항 등

51) 憲裁 2002.11.28. 2001헌가28

52) 憲裁 2001.2.22. 2000헌가1

53) 憲裁 2007.6.28. 2007헌가3

54) 憲裁 2005.11.24. 2004헌가7

55) 憲裁 2009.11.26. 2008헌가9

56) 憲裁 2008.11.27. 2005헌가21

57) 憲裁 2011.8.30. 2010헌가16

58) 憲裁 2012.8.23. 2010헌가65

59) 憲裁 2009.7.30. 2008헌가1

60) 憲裁 2008.5.29. 2006헌가6

61) 憲裁 1996.10.4. 95헌가1

62) 憲裁 2005.5.26. 2004헌가6

63) 憲裁 2006.4.27. 2004헌가19

64) 憲裁 2011.12.29. 2011헌바57

65) 憲裁 2011.11.24. 2010헌바45

66) 憲裁 2009.9.24. 2007헌바107

67) 憲裁 2007.11.29. 2006헌바79

## 2. 공동체의 질서 유지

헌법재판소가 공동체의 질서 유지를 공익으로 판단하여 표현한 문구는 다음과 같다. 거래자 보호 및 신용질서 유지, 국가형벌권의 실현, 건전한 외국환거래질서의 확립, 상속제도를 건전하게 보호, 재해예방과 이를 통한 질서유지, 주택관리업 등록제를 유지하고 그 건전한 발전을 도모하는 것 등이다.

여기서도 공동체의 질서를 유지하기 위해 헌재가 인정한 공익과 이와 대립하는 사익을 간단히 분석해보기로 한다. 헌법재판소는 민법 제1066조 제1항<sup>80)</sup>에 대한 위헌소원에서 두 차례 연속으로 합헌 결정을 내린 바 있다.<sup>81)</sup> 해당 법률이 자필증서에 의한 유언의 방식을 엄격히 하여 ‘주소’부분을 자필로 기재할 것을 요구하는 이유는 ‘유언자의 사후에 발생하기 쉬운 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익’을 추구하기 위한 것이다. 만일 법률이 정한 대로 유서를 작성하지 않으면 설령 유언자의 의사가 진정한 것이라고 하더라도 유언의 효력이 부인되는바, 이는 유언자 자신의 재산권을 자유롭게 처분할 수 있는 권능을 제한하는 것이다. 이는 헌법 제23조 1항에서 보장되는 재산권에 대한 제한이며, 동시에 자필증서의 방식

68) 憲裁 2008.10.30. 2003헌바10

69) 憲裁 2007.12.27. 2006헌바25

70) 憲裁 2007.3.29. 2004헌바93

71) 憲裁 2010.10.28. 2007헌가23

72) 憲裁 2011.3.31. 2008헌바141

73) 憲裁 1996.2.16. 96헌가2

74) 憲裁 2004.8.26. 2003헌바81

75) 憲裁 2004.6.24. 2002헌바15

76) 憲裁 2009.12.29. 2006헌바13

77) 憲裁 2002.11.28. 2001헌바50

78) 憲裁 2002.11.28. 2002헌바45

79) 憲裁 2008.11.27. 2004헌바54

80) 민법 제1066조(자필증서에 의한 유언) ① 자필증서에 의한 유언은 유언자가 그 전문과 년월일, 주소, 성명을 자서하고 날인하여야 한다.

81) 憲裁 2008.12.26. 2007헌바128, 憲裁 2011.9.29. 2010헌바520

을 제한하는 것은 헌법 제10조의 행복추구권에서 파생된 유언자의 일반적 행동의 자유를 제한하는 것이다.

이 사건 법률에 대해 헌법재판소의 재판관은 5인 합헌, 4인 위헌으로 의견이 나뉘었으며 이는 두 차례 판결에서 모두 동일하다. 다수의견은 해당 법률이 추구하는 공익이 사익인 유언자의 유언의 자유가 제한되는 정도와 종합적으로 비교할 때 그 달성하고자 하는 공익이 더욱 크다고 하여 법익균형성을 갖추었다고 판시했다. 반대의견도 해당 법률의 목적의 정당성, 수단의 적정성은 인정하였다. 그러나 상속제도를 건전하게 보호하고자 하는 공익은 전문의 자서와 서명, 날인에 의해서도 충분히 달성할 수 있기에 주소까지 요구하는 것은 불필요한 중복이며, 주소의 자서가 흠결되면 유언이 무효가 되어 버리기 때문에 이는 사익과 공익간의 현저한 불균형을 초래한다. 공익에 의한 사익의 제한에서 피해 최소성, 법익균형성 원칙에 반하기 때문에 위헌이라 주장하였다.

생각건대 유언자가 자신의 재산권을 어떠한 방식으로 처분할 것인지 결정하는 것은 순수하게 개인의 사적 영역으로 볼 수 있다. 그러나 사적 영역에 자율을 맡길 경우 법정상속인인 배우자 및 직계존비속, 유증을 받은 자 사이에 법적 분쟁이 발생할 가능성이 있다. 참고로 민법은 자필증서 이외에도 녹음, 공정증서, 비밀증서, 구수증서에 의한 유언 방식<sup>82)</sup>을 규정하고 있다. 이 중에서 자필증서에 의한 유언은 별도의 증인을 요구하지 않으며, 유언장이 작성된 날짜에 따라 제일 마지막에 작성된 유언이 효력을 발휘하기 때문에 논란의 여지가 가장 많다. 따라서 입법자는 상속인들과 수증자 간의 법적 분쟁을 최소화하기 위하여 자필증서에 의한 유언의 효력이 발생하기 위한 요건을 엄격히 요구하는 것으로 볼 수 있다.

<표 7>은 개별 헌법재판소 판결에서 ‘공동체의 질서 유지’라는 공익과 청구인이 침해받았다고 주장하는 권리 침해 등을 정리한 것이다.

---

82) 민법 제1065조부터 제1071조는 유언의 방식에 대해 규정하고 있다.



<표 7> 공익에 대한 현재 판결문의 표현(공동체설 중 질서유지)

공동체설		청구인이 주장하는 권리 침해 및 헌법원리	판결에서 문제된 법률 또는 사건
공동체 유지 (질서 유지)	- 거래자보호 및 신용질서유 지 <sup>83)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 결사의 자유(헌법 제21조), 재산권(헌법 제 23조)	- 상호신용금고법 제37 조의3 제1항
	- 전기통신회선 을 이용한 정보 전달에서 우리 사회가 요구하 는 최소한의 질 서 또는 도덕 률 <sup>84)</sup>	- 명확성원칙(헌법 제12, 13조), 포괄위임입법금지 원칙(헌법 제75조)	- 방송통신위원회의 설 치 및 운영에 관한 법률 제21조 제4호
	- 국가형벌권의 실현 <sup>85)</sup>	- 영장주의(헌법 제12조 제3항), 적법절차원칙(헌 법 제12, 13조)	- 형사소송법 제331조 단서
	- 국제수지의 균형과 통화가 치의 안정을 통 한 건전한 외국 환 거래 질서 의 확립 <sup>86)</sup>	- 재산권(헌법 제23조)	- 구 외국환거래법 제30 조
	- 원활한 교통 소통, 질서유 지 <sup>87)</sup>	- 영장주의(헌법 제12조 제3항), 집회의 자유(헌법 제21조)	- 형법 제185조
	- 정의의 실현 및 사회방위 <sup>88)</sup>	- 생명권(헌법 제10조), 평등원칙(헌법 제11조)	- 형법 제41조
	- 형사소송법의 궁극적인 이념	- 적법절차원칙, 명확성 원칙(헌법 제12, 13조)	- 형사소송법 제122조 단서

인 실체적 진실 발견과 범죄수사 <sup>89)</sup>		
- 범죄인에게 사회봉사활동을 하게 하여 사회와 통합하고 재범방지 및 사회복귀를 용이하게 함 <sup>90)</sup>	- 일반적 행동의 자유 (헌법 제10조)	- 형법 제62조의2 제1항
- 집합건물에 관한 법률관계의 안정과 합리적 규율이라는 공익 <sup>91)</sup>	- 재산권(헌법 제23조)	- 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제1항 등
- 벌금형의 집행율을 제고하고 형벌의 목적을 달성 <sup>92)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조)	- 형법 제69조 제2항 등
- 유언자의 사후에 발생하기 쉬운 법적 분쟁과 혼란을 예방하고 사유재산제도의 근간이 되는 상속제도를 건전하게 보호 <sup>93)</sup>	- 일반적 행동의 자유 (헌법 제10조), 재산권 (헌법 제23조)	- 민법 제1066조 제1항
- 전자금융거래의 안정성과 신	- 계약의 자유(헌법 제10조), 평등원칙(헌법 제	- 구 전자금융거래법 제49조 제5항 제1호 등

	퇴성 훼손의 방지 <sup>94)</sup>	11조), 형벌과 책임간의 비례원칙(헌법 제37조 2항)	
	- 재해의 예방과 이를 통한 질서유지 내지 공공의 안전 유지 <sup>95)</sup>	- 일반적 행동의 자유(헌법 제10조), 영업의 자유(헌법 제15조)	- 총포·도검·화약류 등 단속법 제73조 제1호
	- 주택관리업 등록제를 유지하고 그 건전한 발전을 도모하는 것 <sup>96)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제15조)	- 주택건설촉진법 제39조의2 제1항 단서 제1호

### 3. 공동체의 발전

헌법재판소가 공동체의 질서 유지를 공익으로 판단하여 표현한 문구는 다음과 같다. 국민경제의 안정과 발전에 기여함, 공익사업의 효율적인 수행을 통한 공공복리의 증진, 공적 자금의 효율적 회수 필요성, 중소기업

- 
- 83) 憲裁 2002.8.29. 2000헌가5  
84) 憲裁 2012.2.23. 2011헌가13  
85) 憲裁 1992.12.24. 92헌가8  
86) 憲裁 2012.5.31. 2010헌가97  
87) 憲裁 2010.3.25. 2009헌가27  
88) 憲裁 2010.2.25. 2008헌가23  
89) 憲裁 2012.12.27. 2011헌바225  
90) 憲裁 2012.3.29. 2010헌바100  
91) 憲裁 2011.12.29. 2010헌바449  
92) 憲裁 2011.9.29. 2010헌바188  
93) 憲裁 2008.12.26. 2007헌바128  
94) 憲裁 2011.7.28. 2010헌바115  
95) 憲裁 2011.11.24. 2011헌바18  
96) 憲裁 2003.6.26. 2001헌바31

의 보호, 지역경제의 육성, 한정된 토지를 효율적으로 이용하기 위한 공익, 문화예술진흥, 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전, 도산 위기에 직면한 회사의 갱생·재건이라는 공익 등이 있다.

공동체의 발전이라는 공익은 헌법 제119조 이하 조문에 의하여 ‘공공복리’로서 정당화된다. 가령 국가는 헌법 제123조 제2항에 의하여 지역간 균형있는 발전을 위하여 지역경제를 육성할 의무가 있다. 그 과정에서 개인의 사익이 침해될 경우 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 따라 위헌여부를 심사하게 된다.

이와 관련된 사건으로 제주특별자치도설치및국제자유도시조성을위한특별법 제362조 제3항<sup>97)</sup>에 대한 위헌소원이 있다(憲裁 2011.10.25. 2010헌바126). 이 사건 법률에 대하여 헌재 재판관 9인 모두 합헌 의견을 제시하였다. 헌재는 해당 법률로 인하여 감귤산업의 비중이 높은 제주도 내 경제에 미치는 영향을 고려할 때, 감귤농가의 소득안정과 산업의 경쟁력 제고에 기여하기 위한 입법목적은 정당하고 품질검사를 하는 것도 적절한 수단이라 판단했다. 또한 감귤생산·유통업자가 받게 되는 일부 감귤의 출하 제한이라는 불이익이 해당 법률이 달성하려는 감귤의 가격안정과 품질향상을 통한 지역경제의 육성과 감귤농가의 보호라는 공익보다 클 수 없다고 판단하여 과잉금지원칙에 반하지 않는다고 하였다. 또한 제주도의 감귤생산·유통업자만을 대상으로 제주도지사가 항시적으로 감귤에 대한 품질검사를 하는 것이 이러한 지속적인 검사를 받지 않는 다른 지역의 감귤생산·유통업자와 다르더라도 이는 지역경제 발전이라는

---

97) 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법(2009. 3. 25. 법률 제9526호로 개정된 것) 제362조(과태료) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 5백만 원 이하의 과태료를 부과한다. 2. 제202조 제1항에 따른 생산조정·출하조정·품질검사 등에 관하여 필요한 조치를 위반한 자

청구인은 제주도에서 감귤 농사를 하는 자로 제주도 내 농산물의 수급안정, 상품성 제고, 유통능력의 향상이라는 목적을 강조한 나머지 도지사로서 하여금 아무런 제약 없이 항시적으로 감귤 유통을 제한하는 조치를 하게 하는 것이 재산권을 침해한다고 주장한다. 또한 다른 지역의 농산물 생산·유통업자는 항시적으로 출하조정이나 품질검사를 받지 않는 점을 근거로 평등원칙 위반도 주장하였다.

공익 달성을 위한 합리적인 차별이기에 평등원칙에 반하지 않는다고 하였다.

이처럼 공공복리라는 이름으로 국가의 사적 영역에 대한 적극적인 개입이 정당화되는 경우를 공동체설의 공익으로 볼 수 있다.

<표 8>는 개별 헌법재판소 판결에서 ‘공동체의 질서 유지’라는 공익과 청구인이 침해받았다고 주장하는 권리 침해 등을 정리한 것이다.

<표 8> 공익에 대한 헌재 판결문의 표현(공동체설 중 공동체 발전)

공동체설		청구인이 주장하는 권리 침해 및 헌법원리	판결에서 문제된 법률 또는 사건
공동체 발전 (공공 복리)	- 국민경제의 안정과 발전에 기여 <sup>98)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재산권(헌법 제23 조)	- 특정경제범죄가중처벌 등에관한법률 제9조 제1 항 등
	- 공익사업의 효율적인 수행 을 통한 공공복 리의 증진 <sup>99)</sup>	- 재산권(헌법 제23조)	- 공익사업을위한토지등 의취득및보상에관한법률 제91조 제1항
	- 공적자금의 효율적 회수 필 요성 <sup>100)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 법관에게 재판받을 권리(헌법 제101조)	- 공적자금관리특별법 제20조 중 파산관재인관 련부분 등
	- 공정하고 자 유로운 경쟁을 유지하고 촉진 하려는 목적인 독과점규제 <sup>101)</sup>	- 경쟁의 자유(헌법 제 10조), 직업의 자유(헌법 제15조),	- 주세법 제38조의 7
	- 중소기업의 보호 <sup>102)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제 15조)	- 특정경제범죄가중처벌 등에관한법률 제9조 제1 항 등
	- 지역경제의 육성 <sup>103)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 직업의 자유(헌법	- 제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을

	제15조), 재산권(헌법 제23조)	위한 특별법 제202조
- 주거환경 및 도시환경을 개선함과 아울러 주택시장을 안정시키고 한정된 토지를 효율적으로 이용하게 하기 위한 공익 <sup>104)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조)	- 도시 및 주거환경정비법 제47조
- 도산위기에 직면한 회사의 갱생·재건이라는 공익적 목적 <sup>105)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조)	- 금융기관의연체대출금에 관한특별조치법 제7조의 3
- 도시기능의 회복과 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진이라는 공익 목적 <sup>106)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권의 공용수용(헌법 제23조 제3항), 포괄위임입법금지원칙(헌법 제75조)	- 도시 및 주거환경정비법 제38조
- 문화예술진흥 <sup>107)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 조세법정주의(헌법 제38, 59조), 포괄위임입법금지원칙(헌법 제75조)	- 구 문화예술진흥법 제19조 제5항
- 학교교육을 정상화하고, 비정상적인 과외교습경쟁으로	- 행복추구권(헌법 제10조), 직업의 자유(헌법 제15조), 교육받을 권리(헌법 제31조), 부모의	- 학원의설립운영에 관한 법률 제22조 제1항 제1호 등

인한 학부모의 경제적 부담을 덜어주며, 국가 적으로도 비합 리적인 교육투 자로 인한 인적, 물적 낭비를 줄 이는 것 <sup>108)</sup>	자녀교육권(헌법 제36조 1항)	
- 국토의 효율 적이고 균형 있 는 이용·개발과 보전 <sup>109)</sup>	- 재산권(헌법 제23조 2 항), 조세법률주의(헌법 제38, 59조)	- 구 소득세법 제104조 제1항 제2의7호 등
- 공기업·준정 부기관이 수행 하고 있는 공적 목적을 달성 <sup>110)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제 15조)	- 공공기관의 운영에 관 한 법률 제39조 제2항
- 재래시장활성 화나 그 사업추 진의 원활화 등 <sup>111)</sup>	- 재산권의 공용수용(헌 법 제23조 제3항)	- 중소기업의구조개선과 재래시장활성화를위한특 별조치법 제16조 제1항 등
- 전통사찰 훼손 가능성을 방지 함 <sup>112)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재산권(헌법 제23 조)	- 전통사찰의 보존 및 지원에 관한 법률 제14 조
- 하천의 적정 한 관리와 국유 재산의 효율적 인 처분 <sup>113)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11 조), 재산권(헌법 제23 조)	- 구 하천법 제85조 등
- 농지를 무분 별하게 전용하 게 함으로써 발 생할 수 있는 농지의 훼손을	- 재산권(헌법 제23조)	- 농지법 제59조 등

방지 <sup>114)</sup>		
- 주택난 해소를 위한 택지의 개발·공급 <sup>115)</sup>	- 적법절차원칙(헌법 제 12, 13조)	- 구 택지개발촉진법
- 기업의 건전한 재무구조유도와 기업자금의 생산적 운용 <sup>116)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조), 조세법률주의(헌법 제38, 59조)	- 법인세법 제28조 제1항 제4호 나목
- 국가의 과학기술발전 및 사회구조의 선진화 <sup>117)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조)	- 정부출연연구기관등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률 제33조
- 농업생산력을 증진시키고 농촌근대화를 촉진 <sup>118)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 재산권(헌법 제23조)	- 구 농촌근대화촉진법 제173조
- 유수면의 공공성 확보 <sup>119)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 직업의 자유(헌법 제15조), 재산권의 공용수용(헌법 제23조 제3항)	- 구 공유수면매립법 제26조 제2항 등
- 완전고용의 달성·유지와 국가인력자원의 개발·이용을 통한 국민경제발전 <sup>120)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 직업의 자유(헌법 제15조)	- 직업안정법 제33조 등

98) 憲裁 1999.7.22. 98헌가3

99) 憲裁 2006.11.30. 2005헌가20

100) 憲裁 2001.3.15. 2001헌가1



### Ⅲ. 합계설의 공익

합계설의 공익은 국가가 사적 영역에 직접 개입하기보다는 조정자로서 역할하면서 각 집단 간의 경쟁을 촉진함으로써 발생하는 이익을 의미한다. 이에 해당하는 공익 표현은 다음과 같다. 건축주와 입주자 사이의 이해관계를 조정, 소비자의 합리적 선택에 도움을 주고 의료인들 간에 공정한 경쟁을 촉진, 수익자를 보호함으로써 일반투자자의 증권투자를 용이하게 하여 증권투자신탁제도의 활성화에 기여하는 이익 등이 있다.

여기서도 <표 9>에서 개별 판례에서 청구인이 침해받았다고 주장하는 권리 내지 헌법 원리를 추가하였다.<sup>121)</sup>

---

101) 憲裁 1996.12.26. 96헌가18

102) 憲裁 1999.7.22. 98헌가3

103) 憲裁 2011.10.25. 2010헌바126

104) 憲裁 2012.11.29. 2011헌바224

105) 憲裁 1990.6.25. 89헌가98

106) 憲裁 2011.11.24. 2010헌가95

107) 憲裁 2003.12.18. 2002헌가2

108) 憲裁 2000.4.27. 98헌가16

109) 憲裁 2012.7.26. 2011헌바357

110) 憲裁 2012.10.25. 2011헌바99

111) 憲裁 2006.7.27. 2003헌바18

112) 憲裁 2012.6.27. 2011헌바34

113) 憲裁 2012.3.29. 2010헌바341

114) 憲裁 2009.9.24. 2007헌바108

115) 憲裁 2007.10.4. 2006헌바91

116) 憲裁 2007.1.17. 2005헌바75

117) 憲裁 2006.11.30. 2004헌바86

118) 憲裁 2005.12.22. 2003헌바88

119) 憲裁 2005.4.28. 2003헌바73

120) 憲裁 1998.11.26. 97헌바31

121) 현재 판례의 내용 분석의 결과 합계설이 추구하는 공익은 공익 실체설, 공동체설의 공익에 비하여 그 숫자가 매우 적었다. 설령 있더라도 공동체설의 ‘공동체 발전(공공복리)’에서 추구하는 목적과 중복되는 경우가 많아서 혼합형으로 분류되었다.

<표 9> 공익에 대한 현재 판결문의 표현(합계설)

합계설	청구인이 주장하는 권리 침해 및 헌법원리	판결에서 문제된 법률 또는 사건
- 건축주와 입주자 사이의 이해관계를 조정 <sup>122)</sup>	- 명확성원칙(헌법 제12, 13조), 재산권(헌법 제23조)	- 주택법 제46조 제1항
- 소비자의 합리적 선택에 도움을 주고 의료인들 간에 공정한 경쟁을 촉진 <sup>123)</sup>	- 직업의 자유(헌법 제15조), 표현의 자유(헌법 제21조)	- 의료법 제69조
- 수익자를 보호함으로써 일반투자자의 증권투자를 용이하게 하여 증권투자신탁제도의 활성화에 기여 <sup>124)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 직업의 자유(헌법 제15조), 재산권(헌법 제23조)	- 구 증권투자신탁업법 제7조 등

#### IV. 절차설의 공익

위헌법률심판과 위헌심사형 헌법소원에서 절차설이 추구하는 공익은 주로 선거 절차의 공정성이라고 할 수 있다. <표 10>에 개별 판례에서 청구인이 침해받았다고 주장하는 권리 내지 헌법원리를 추가하였다.

<표 10> 공익에 대한 현재 판결문의 표현(절차설)

절차설	청구인이 주장하는 권리 침해 및 헌법원리	판결에서 문제된 법률 또는 사건
- 민주절차의 중심이 되는 선거과정의 공정성 <sup>125)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 선거운동의 자유(헌법 제10, 21조)	- 공직선거및선거부정방지법 제64조 제1항 등

122) 憲裁 2008.7.31. 2005헌가16

123) 憲裁 2005.10.27. 2003헌가3

124) 憲裁 2010.6.24. 2007헌바101

- 피선거권의 불가매수성 <sup>126)</sup>	- 표현의 자유(헌법 제21조)	- 공직선거법 제232조 제1항 제2호
- 지역농협의 조합장선거의 공정성 <sup>127)</sup>	- 일반적 행동의 자유(헌법 제10조), 형벌과 책임의 비례원칙(헌법 제37조)	- 구 농업협동조합법 제50조 제1항 제1호 등
- 다수 공무원에 의한 선거의 불공정성과 편파성의 방지 <sup>128)</sup>	- 선거운동의 자유(헌법 제10, 21조), 근로3권(헌법 제33조)	- 지방공무원법 제57조 제2항 제1호 등
- 선거의 실질적 자유 <sup>129)</sup>	- 평등원칙(헌법 제11조), 선거운동의 자유(헌법 제10, 21조)	- 공직선거 및 선거부정방지법 제109조 제1항 단서
- 정치자금의 투명한 공개 <sup>130)</sup>	- 진술거부권(헌법 제12조 제2항)	- 정치자금에관한법률 제31조 제1호 등

125) 憲裁 1999.9.16. 99헌바5

126) 憲裁 2012.2.7. 2012헌바47

127) 憲裁 2012.2.23. 2011헌바154

128) 憲裁 2008.4.24. 2004헌바47

129) 憲裁 2007.8.30. 2004헌바49

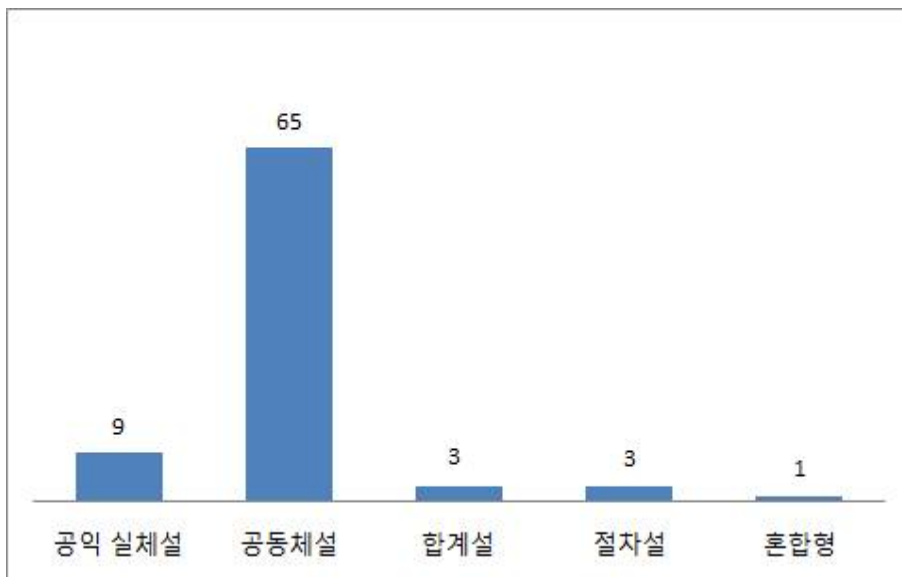
130) 憲裁 2005.12.22. 2004헌바25

## 제2절 위헌법률심판·헌법소원의 분석 결과

### I. 위헌법률심판의 분석 결과

위헌법률심판의 경우 총 159개의 자료를 분석하였다. 그 중에서 분석에서 제외되어야 하는 데이터 78개를 제하고 총 81개만이 현재가 공익에 대하여 가지는 입장을 나타낼 수 있는 자료로 남았다. 그 결과 공익실체설은 9개(11.11%), 공동체설 65개(80.25%), 합계설 3개(3.70%), 절차설 3개(3.70%), 혼합형 1개(1.23%)로 공동체설이 80.25%로 가장 많은 비중을 차지했다. 참고로 혼합형으로 분류된 사건은 모두 공동체설과 실체설에서 추구하는 공익을 동시에 추구하고 있다.

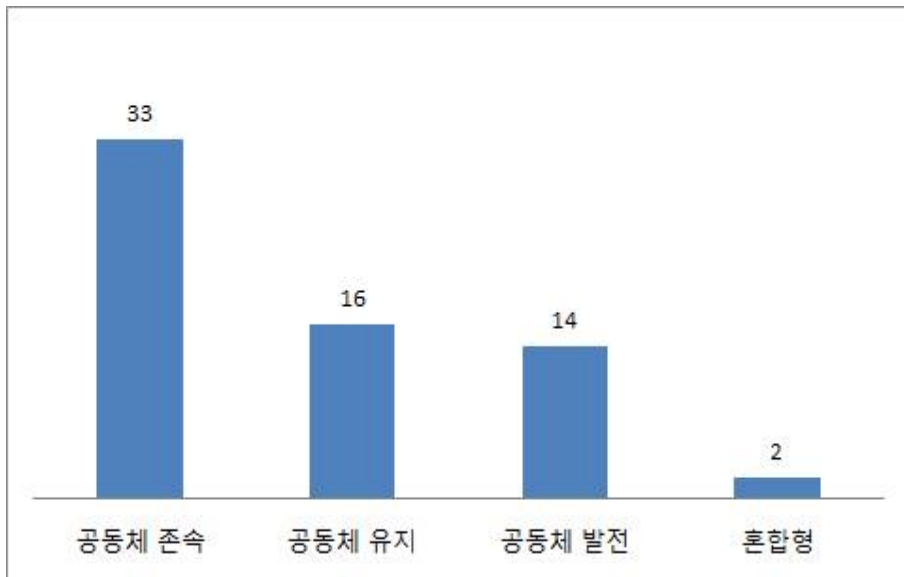
<그림 1> 위헌법률심판에서 나타난 공익 유형



공동체설에서 설명 가능한 공익이 80.25%라는 압도적인 비중을 차지하고 있는 것을 고려한다면 이를 앞에서 논의한 공동체 자체의 존속(국가안전보장), 공동체의 유지(질서유지), 공동체의 발전(공공복리) 세 가지

범주로 다시 나누어서 분석할 필요가 있다. 그 결과는 다음의 그래프와 같다.

<그림 2> 공동체설의 유형 3가지(위헌법률심판)

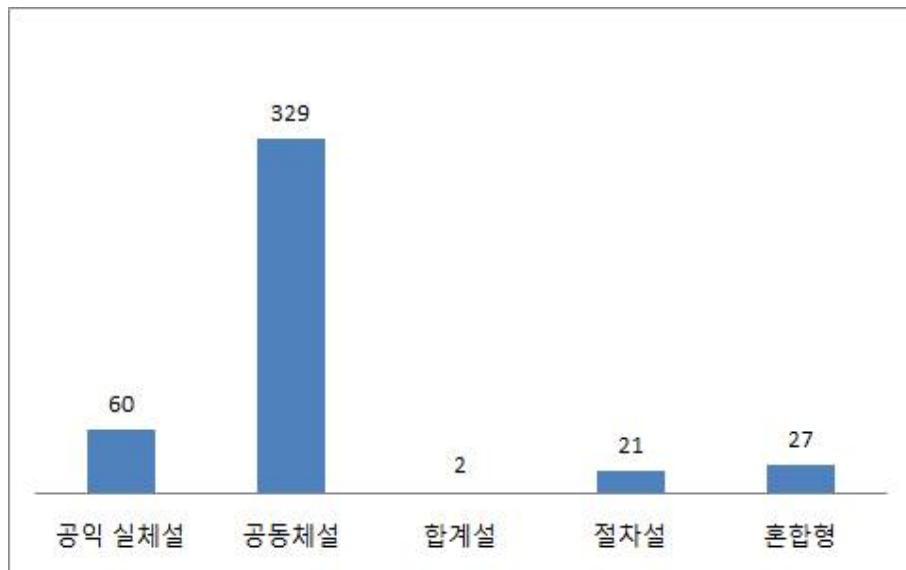


총 65건 중에서 공동체 존속에 해당하는 공익은 33개(50.77%), 공동체 질서 유지에 해당하는 공익은 16건(24.61%), 공동체 발전에 해당하는 공익은 14건(21.54%), 혼합형에 해당하는 공익은 2건(3.08%)이다.

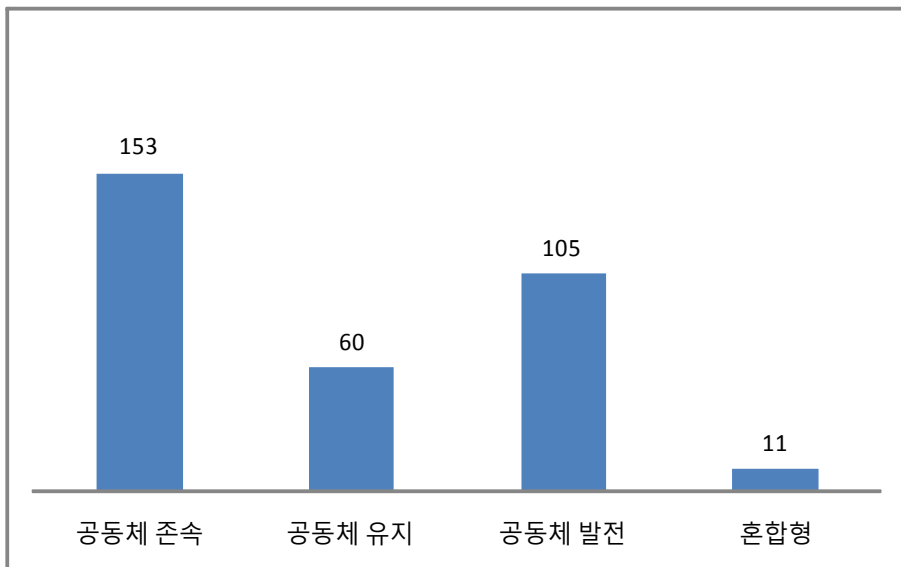
## II. 위헌심사형 헌법소원의 분석결과

위헌심사형 헌법소원의 경우 총 641개의 자료를 분석하였다. 그 중에서 분석에서 제외되어야 하는 데이터 202개를 제하고 총 439개만이 현재가 공익에 대하여 가지는 입장을 나타낼 수 있는 자료로 남았다. 그 결과 공익실체설은 60개(13.67%), 공동체설 329개(74.94%), 합계설 2개(0.46%), 절차설 21개(4.78%), 혼합형 27개(6.15%)로 공동체설이 가장 높은 비중을 차지함을 알 수 있었다.

<그림 3> 위헌심사형 헌법소원에서 나타난 공익유형



<그림 4> 공동체설의 유형 3가지(위헌심사형 헌법소원)



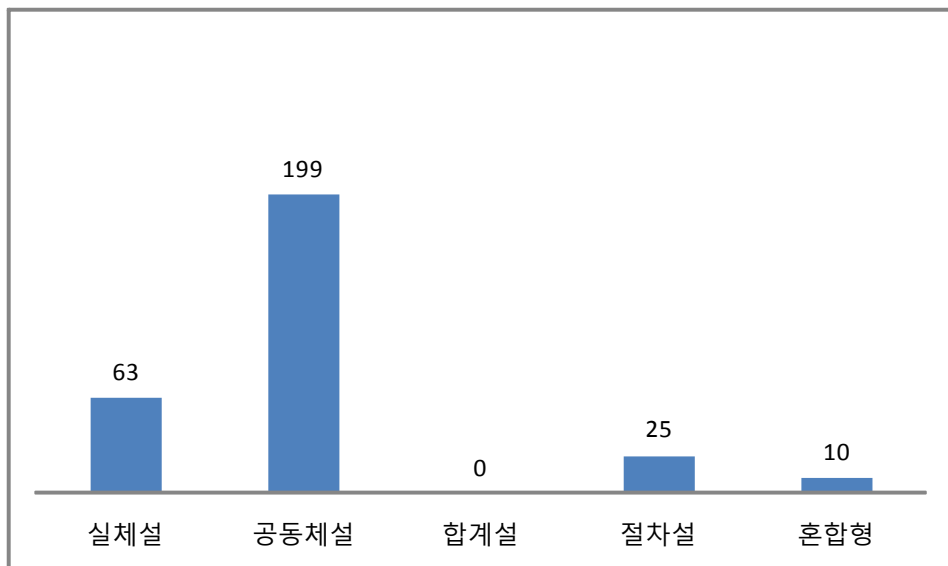
여기서도 위헌법률심판과 마찬가지로 공동체설이 추구하는 공익의 비중이 전체의 74.94%를 차지하기에 329건을 공동체 자체의 존속, 공동체

의 질서유지, 공동체의 발전(공공복리) 세 가지 범주로 다시 나누어서 분석하였다. 그 결과 총 329건 중에서 공동체 존속에 해당하는 공익은 155개(47.11%), 공동체 질서유지에 해당하는 공익은 60건(19.15%), 공동체 발전에 해당하는 공익은 105건(31.91%), 혼합형은 11건(3.43%)이다.

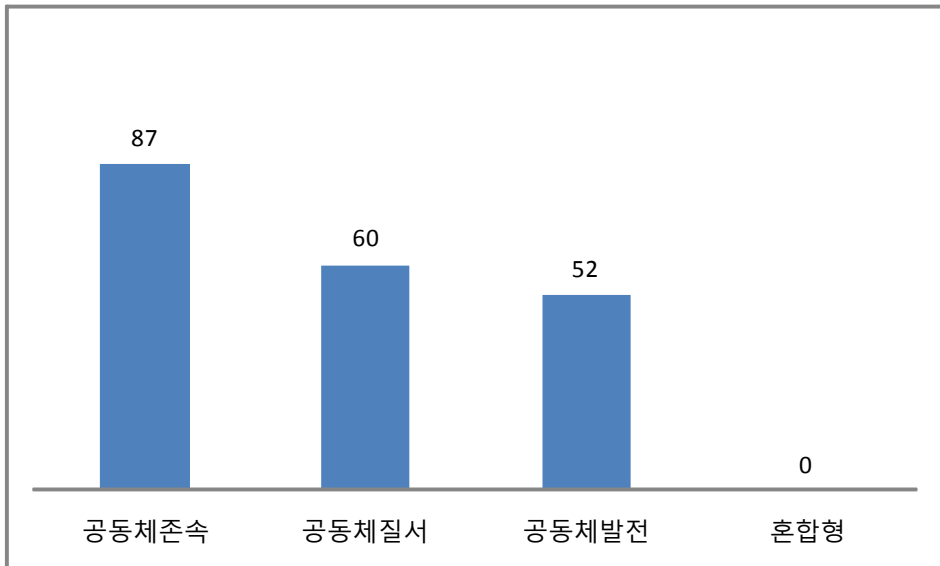
### Ⅲ. 권리구제형 헌법소원의 분석결과

위헌심사형 헌법소원의 경우 총 466개의 자료를 분석하였다. 그 중에서 분석에서 제외되어야 하는 데이터 169개를 제하고 총 297개만이 현재가 공익에 대하여 가지는 입장을 나타낼 수 있는 자료로 남았다. 그 결과 공익실체설은 63개(21.21%), 공동체설 199개(67.00%), 합계설 0개(0.00%), 절차설 25개(8.42%), 혼합형 10개(3.37%)로 공동체설이 가장 높은 비중을 차지함을 알 수 있었다.

<그림 5> 권리구제형 헌법소원에서 나타난 공익유형



<그림 6> 공동체설의 유형 3가지(권리구제형 헌법소원)



공동체설이 추구하는 공익의 비중이 전체의 67%를 차지하기에 199건을 공동체 자체의 존속, 공동체의 질서유지, 공동체의 발전(공공복리) 세 가지 범주로 다시 나누어서 분석하였다. 그 결과 총 199건 중에서 공동체 존속에 해당하는 공익은 87개(43.72%), 공동체 질서유지에 해당하는 공익은 60건(30.15%), 공동체 발전에 해당하는 공익은 52건(26.13%), 혼합형은 0건(0%)이다.



### 제3절 공익에 대한 헌법재판소의 입장

제2절의 분석결과 헌법재판소는 입법자가 만든 법률이 추구하고자 하는 공익은 헌법 제37조 제2항에 명시된 국가안전보장, 질서유지, 공공복리라는 이름에서 비롯된 공동체설의 입장임을 확인했다고 할 수 있다. 그리고 일부 경우에는 국가가 사인과 사인간의 갈등을 해소하기 위하여 기본권의 대국가적 효력에 의하여 개인의 기본권을 공익으로 인정하여 이를 보장하는 공익 실체설의 입장을 취하였다. 이번에는 앞 절에서 분석했던 세 가지의 데이터를 합쳐서 해석한다.

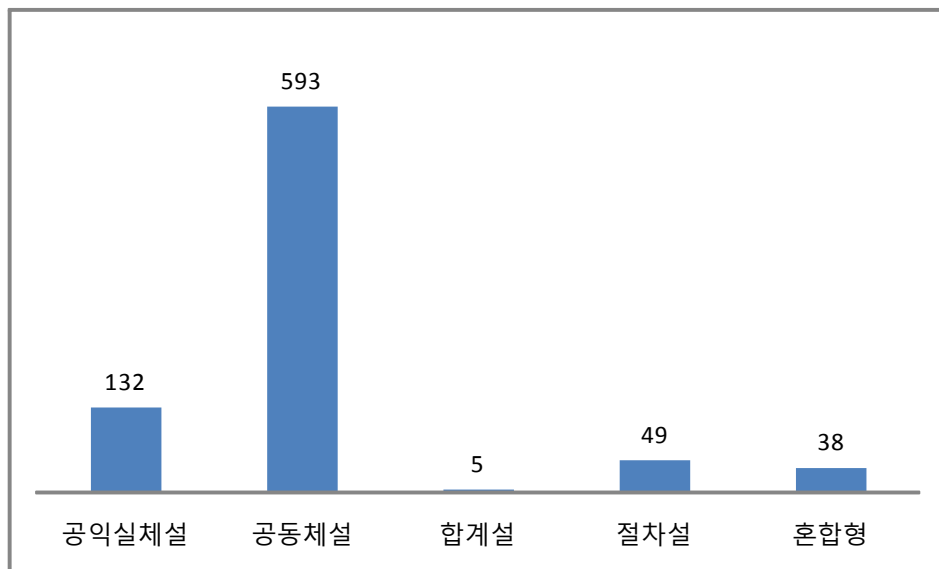
총 1266개의 표본에서 실제 분석에서 제외되었던 488개를 제외하면 778개의 표본이 남는다. 총 778개의 실제 분석이 가능한 표본을 중심으로 보면 공익 실체설은 132개(16.97%), 공동체설은 593개(76.22%), 합계설은 5개(0.64%), 절차설은 49개(6.30%)로 나타난다. 즉, 헌법재판소는 입법자가 만든 법률의 4분의 3은 공동체설의 공익을 추구하기 위해 만들어졌음을 공식적인 판결문으로 해석하였고, 이를 확인하였다. 또한 이 결과를 통해 최소한 개인과 개인, 개인과 정부 간의 갈등으로 문제되는 사안에서는 합계설과 절차설에 의한 공익을 추구하는 법률이 논란으로 부상하진 않았다고 조심스럽게 결론내릴 수 있다.

<표11> 헌법재판소 판결과 공익의 유형간의 관계

유형	위헌법률심판	위헌심사형 헌법소원	권리구제형 헌법소원	합계
공익 실체설	9	60	63	132
공동체 설	65	329	199	593
합계설	3	2	0	5
절차설	3	21	25	49

혼합형	1	27	10	38
분석제외	78	202	169	448
총합	159	641	466	1266

<그림 7> 헌법재판소 판결과 공익의 유형간의 관계



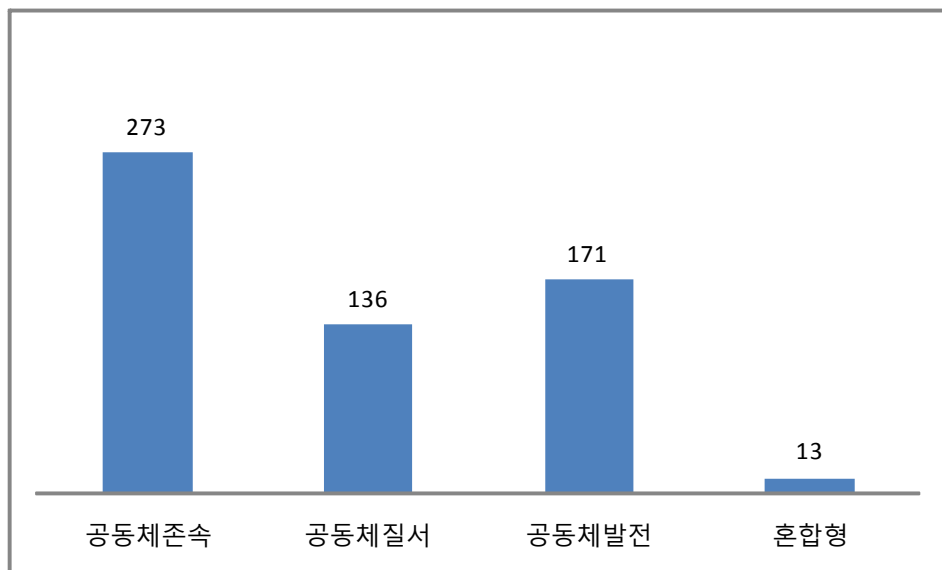
또한 공동체설에서 공동체 자체의 존속, 질서유지, 발전이라는 세 가지 범주로 나누어서 분석을 하였기에, 이번에는 위헌법률심판과 헌법소원 두 가지 유형의 표본을 합쳤을 경우의 결과를 분석한다. 그 결과 공동체설의 합계는 총 593개였다. 여기서 공동체 존속의 공익은 273개(46.04%), 공동체 질서유지의 공익은 136개(22.93%), 공동체 발전의 공익은 171개(28.84%), 혼합된 공익은 13개(2.19%)이다.

<표 12> 헌법재판소 판결과 공동체설의 세부 유형간의 관계

유형	위헌법률심판	위헌심사형 헌법소원	권리구제형 헌법소원	합계
공동체 존속	33	153	87	273

공동체 유지	16	60	60	136
공동체 발전	14	105	52	171
혼합형	2	11	0	13
총합	65	329	199	593

<그림 8> 헌법재판소 판결과 공동체설의 세부 유형간의 관계



연구자가 판례 분석을 시행하던 중 헌법재판소가 해당 사건의 법률이 추구하는 공익을 설명하지 않고 현재 재판관들의 입장에서 공익 자체를 규명하는 것이 가능한지에 대해서 언급한 판결문을 찾을 수 있었다. 이는 헌법재판소 스스로가 공익에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있는지를 알 수 있는 자료이기에 의미가 있다고 생각한다.

2010년 12월 28일 헌법재판소는 전기통신기본법 제47조 제1항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반됨을 이유로 위헌 결정을 내렸다(憲裁 2010.12.29. 2008헌바157). 문제가 된 표현은 ‘공익을 해할 목적의 허위사실을 내용으로 하는 통신’이었다. 이 때 ‘공익’이 과연 무엇이며 수범자인

일반인들이 알 수 있는 개념인지가 논란이 되었다. 다른 법률에서도 ‘공익’이라는 표현이 자주 사용되지만 이 사건 법률에서 유독 쟁점이 되었던 이유는 해당 법률이 형벌을 부과할 수 있는 조항이라 다른 법률과 달리 범죄구성요건인 ‘공익’에 대해 엄격한 명확성원칙이 적용되어야 했기 때문이다.

다수의견은 ‘현재의 다원적이고 가치상대적인 사회구조 하에서 구체적으로 어떤 행위상황이 문제되었을 때에 문제되는 공익은 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분인바, 공익을 해할 목적이 있는지 여부를 판단하기 위한 공익간 형량의 결과가 언제나 객관적으로 명백한 것도 아니다’라고 하면서 위헌 결정을 내렸다. 일반적으로는 공익 자체가 형법상 제재를 가하는 기준이 되는 경우에는 입법자가 구체적인 공익의 사례를 구체적인 사례들을 예로 열거하거나, 또는 별도의 시행령을 만들어서 위헌성을 해소하는 경우가 대부분이나, 이 사건의 경우에는 그러하지 않았다.

여기서 연구자가 주목한 것은 다수 의견이 공익 자체가 하나로 수렴되지 않는 경우가 대부분이기에 구체적으로 명백하게 정의내릴 수 없다는 부분이 아니라, 재판관 두 명이 제시한 소수 의견에서 공익의 정의를 내린 것이다. 이동흡, 목영준 재판관은 ‘법률상 공익 개념은 대한민국에서 공동으로 사회생활을 영위하는 국민 전체 내지 대다수 국민과 그들의 구성체인 국가사회의 이익을 의미<sup>131)</sup>’한다고 판시했다. 이는 국민 공동체로서의 이익이 공익이라는 입장으로 공동체설로 해석될 수 있다.

참고로 연구자가 시행한 내용분석에서는 헌법재판소의 주문에 해당하는 본안판단의 법정 의견만을 분석 범위로 한정하였기 때문에 원칙적으로 소수의견은 분석 범위에서 제외되었다. 그러나 9명의 헌법재판관 중에서 2명이 공동체설에 입각한 공익 개념을 가지고 있다는 것을 확인하였다는 점에서 의미가 있다. 나머지 7명도 공동체설에 근거한 공익 개념 자체를 부정했다기보다는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 따라 공익을 범수범자인 국민이 예측할 수 있었는지에 대해 엄격한 기준을 도입하여

---

131) 밑줄은 연구자가 추가함.

판결을 한 것이기 때문에 이들이 공동체적 공익 관념을 부정하였다고도 볼 수 없다. 또한 앞에서 언급한 두 명의 재판관은 ‘법률상으로는 개인의 이익과 구별되는 공공의 이익’이 공익이라고 명시함으로써 합계설과 절차설과는 다른 입장을 분명히 하였다.

그렇다면 앞에서 논한 공익 유형별 분석에서 공익의 4가지 유형 중 공동체설이 75%에 해당하는 사실과 관련지어 생각해볼 때, 헌법재판소는 공동체설에 입각한 공익 개념을 가장 중요하게 생각함을 알 수 있다.

또한 공익 실체설에 입각한 공익에서도 헌법재판소가 입법자의 입법형성권을 문제삼아 헌법불합치결정을 내린 사안이 있다. 여기서는 헌법불합치의 결정을 내리게 된 계기가 현행 헌법의 기본권에 따라 발생한 입법의무를 충실히 행하지 못하였다는 점에 주목하였다. 즉, 헌법이 개정되는 과정에서 구체적인 표현이 바뀔 경우 이에 따라 헌법기관인 국회, 행정부, 사법부, 헌법재판소 모두 이를 존중하고 이에 따라 모든 국가작용을 해야 한다. 그렇다면 헌법의 기본권에 새로운 내용이 추가될 경우 공익 실체설의 공익의 범위가 확대될 수 있음을 시사하는 것이다.

2004년 3월 25일 헌법재판소는 형사소송법 제214조의2 제1항에 대하여 헌법불합치(잠정 적용) 결정을 내렸다. 이는 입법자가 헌법 제12조 제6항의 체포·구속적부심 청구권에 대하여 법적 공백이 있는 불완전한 입법을 하였기 때문이다. 우리 헌법 개정 과정에서 공권력에 의한 신체의 자유의 제한 부분은 민감한 사항이었기에 체포·구속적부심사제도에 대한 헌법 조문의 표현은 자주 변경되었다. 제헌헌법 제9조 제3항은 ‘누구든지 체포, 구금을 받은 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리와 그 당부의 심사를 법원에 청구할 권리가 보장된다.’라고 규정하였으며, 1962년 헌법(제3공화국 헌법) 제10조 제5항은 여기서 더 나아가서 ‘사인(私人)으로부터 신체의 자유의 불법한 침해를 받은 때에도 법률이 정하는 바에 의하여 구제를 법원에 청구할 권리를 가진다.’고 그 범위를 확장하였다. 그러나 1972년 헌법(제4공화국 헌법)에서는 이에 대한 규정 자체가 삭제되었다. 이후 1980년 헌법(제5공화국 헌법) 제11조 제5항에 ‘누구든지 체포·

구금을 당한 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정되었다가, 현행 헌법 제12조 제6항에는 ‘누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.’라고 규정되었다. 즉, 1987년 현행 헌법 하에서의 체포·구속적부심 청구권은 제헌헌법과 가장 유사하다고 할 수 있다.

생각건대 체포·구속적부심 청구권은 자연법상의 인권 그 자체와는 거리가 있는 권리이다. 신체의 자유라는 선험적인 권리를 확보하기 위하여 공권력으로부터 자신을 방어하기 위한 수단으로서의 권리이기 때문이다. 그렇기에 공익 실체설의 입장에서의 공익 범위를 선험적인 권리로만 한정지을 경우 체포·구속적부심청구권과 같은 절차상 권리가 국가를 상대로 한 갈등에서 제대로 실현되지 않을 가능성이 있다. 유신헌법이라 불리는 1972년 헌법에서는 아예 체포구속적부심청구권을 삭제해버린 것이 그 근거이다. 즉, 앞에서 논한 것처럼 공익 실체설의 입장에서 공익의 범위를 헌법상의 기본권으로 외연을 확장시킨다면 체포·구속적부심 청구권과 같은 권리도 국가가 국민을 위해 보장해야 하는 목적이 될 수 있는 것이다.

그렇다면 공익 실체설의 입장에서 1987년 헌법은 현재 2013년의 공익, 기본권을 제대로 반영하고 있는지 의문을 제기할 수 있다. 실제로 현행 헌법의 기본권 부분을 개정해서 그 영역을 확대해야 한다는 논의가 참여정부 때부터 지속적으로 진행 중이다.

특히 헌법재판소가 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 기본권’으로 특정 기본권을 인정했다가 현재가 입장을 변경함으로써 더 이상 기본권으로 인정받지 못하는 상황을 막기 위하여 그러하다. 일례로 평화적 생존권은 현재가 ‘헌법 제10조와 제37조 제1항에 의하여 인정된 기본권으로서 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리’라고 판시하여 기본권으로 인정하였다가 (2003.2.23. 2005헌마268) 이후 ‘평화’는 헌법의 이념 내지 목적으로 추상적인 개념에 불과함을 이유로 평화적 생존권은 헌법상 기본권이 아니라

고 입장을 변경한 바 있다(2009.5.28. 2007헌마369). 이처럼 헌법재판소의 해석으로 기본권의 여부가 결정되는 것에 대하여 기본권의 규정을 새롭게 정비, 추가하는 것이 필요하다는 헌법 개정 논의가 현재 진행 중이다. 새롭게 추가되는 기본권으로 논의되는 것은 생명권, 안전하게 살 권리, 정보기본권, 소비자기본권 등이 있다.

이는 우리가 국가 행정의 목표로서의 공익이 무엇인지 왜 연구를 해야 하는지 이유를 말해준다. 정책결정권자는 공익 개념을 이용하여 국가의 새로운 정책 방향을 제시하거나 이미 시행 중인 정책에 대하여 수정 또는 중단의 결정을 내릴 수 있다. 국민들은 공익에 대한 올바른 인식을 정립하여 국가 행정에 대하여 찬성 또는 반대를 할 수 있고 이로써 국가의 주인으로 행사할 수 있는 것이다. 마지막으로 공익 개념을 구체화하고 이에 대한 해석 기준을 제공하는 헌법재판소의 판결에 국민이 지속적인 관심을 가짐으로써 현재가 정권과 결합되어 제 기능을 제대로 하고 있는지 감시하는 역할도 할 수 있다.

## 제5장 결론

이번 장에서는 지금까지의 논의를 간단히 정리한다. 공익이 무엇인지에 대하여 크게 네 가지의 주장이 있으며 이는 공익 실체설, 공동체설, 합계설, 절차설이다. 공익 실체설과 공동체설은 공익은 사익과 다른 고유의 특성이 있음을 전제로 한다는 점에서 공익과 사익이 사실상 같은 성격이라는 합계설과 절차설과는 다르다. 연구자는 우리나라 헌법재판소의 판결문에서 ‘공익’이 어떻게 표현되며, 특정 법률의 위헌여부를 다투는 사안에서 청구인의 주장하는 권리와 반대되는 지위에 있는 공익이 어떠한 가치를 추구하고 있는 것인지 확인하였다.

헌법재판소의 공식홈페이지에서 제공되는 판례들 중에서 ‘공익’이라는 단어가 언급된 판결문의 내용 분석을 시도해본 결과, 공동체설에서 주장하는 공익(공동체 자체의 존속과 운영, 공동체의 유지, 공동체의 안정)이 현재가 말하는 공익의 75%를 차지함을 알 수 있었다. 실체설의 경우에는 국민의 기본권을 국가가 보호해야 한다는 점에서 현재 일부 판례는 국민의 특정 기본권의 경우에 공익적 가치를 부여하기도 하였다. 반면 합계설과 절차설의 입장을 취한 것으로 판단되는 판결문은 적었다. 이는 위헌법률심판, 위헌심사형 헌법소원 모두 국민이 구체적인 갈등 상황인 재판 과정에서 문제 삼은 법률을 대상으로 하기 때문에 합계설과 절차설의 공익을 추구하는 법률은 그다지 논쟁의 대상이 되지 않았다고 볼 수 있다.

그렇다면 헌법재판소는 공익에 대한 네 가지 학설 중 공동체설을 취한다고 조심스럽게 결론을 내릴 수 있다. 그렇다고 하더라도 ‘공익’이라는 표현 자체가 불명확한 개념이기 때문에 특정 법률, 특정 사안에서 그 의미가 구체화될 수밖에 없으며 이는 입법자의 입법형성권으로 정당화된다. 다만 제4장 제3절에서 보았던 2008헌바157처럼 범죄의 구성요건으로서 ‘공익’이 사용된 경우에는 죄형법정주의의 명확성 원칙에 따라 일반적



인 법감정을 가진 국민이라면 이해할 수 있을 정도로 충분한 설명이 법률에 명시되어야 한다.

이것을 어떻게 이해할 것인가. 서론에서 논의하였듯이 Schubert는 공익에 대한 논의 자체가 불필요하다는 입장을 취한 적이 있다. 그러나 연구자는 이러한 견해는 매우 위험하다고 본다. 행정에 있어서 가장 중요한 기준이 공익인 것은 주지의 사실인데, 그것이 모호하다는 이유로 아예 논의를 포기하는 것은 행정의 가장 중요한 규범이자 기준을 포기한다는 것과 마찬가지로 이야기가 된다. 공익이 행정기관의 모든 행위를 정당화하는 면죄부와 같은 기능을 하는 우리의 행정 현실에 있어서는 더욱 더 그렇다.

따라서 연구자는 공익에 대해 우리의 행정 현실에 적합한 새로운 시각을 제시하고자 한다. 헌법재판소가 생각하는 공익은 헌법 제37조 제2항에 근거한 공동체설의 입장이라 판단할 수 있다. 그러나 ‘공익’이라는 표현 자체가 불명확한 개념이기 때문에 특정 법률, 특정 사안에서 그 의미가 구체화될 수밖에 없으며 이는 입법자의 입법형성권으로 정당화된다. 따라서 우리의 행정 현실에 맞추어서 구체적인 사안에 적합한 공익 개념을 적용하되, 입법과 행정 작용에 사후적인 영향력을 미칠 수 있는 헌법재판소가 주장하는 공동체설의 공익을 고려할 필요가 있다.

이번 연구의 한계로서는 앞에서 간단히 언급한 것처럼 공익의 우회적인 표현인 ‘공공의 이익’ 등을 분석 범위로 포함시키지 않은 점, 공익에 대한 합계설, 절차설에 대해서는 국민이 제기한 소송으로써 문제된 법률이나, 공권력의 작용으로 인해 기본권 침해를 주장한 사안만이 위헌법률심판, 헌법소원의 대상이 되는 결과 제대로 분석되지 못한 점을 들 수 있다. 적어도 절차설에서 말하는 공익의 경우에는 정책결정과정에서 주로 논의된다는 점에서 권한쟁의심판, 국무회의 회의록 등을 분석 대상으로 하여 공익이 무엇인지 연구할 필요가 있다. 이는 후속 연구에서 계속 보완될 예정이다.

## 참고문헌

- 김병섭(2011). 「편견과 오류 줄이기」, 제2판, 법문사.
- 김도균(2006). 법원리로서의 공익: 자유공화주의 공익관, 「서울대학교 法學」, 14(3): 155-215.
- 김유환(2006). 영미에서의 공익개념과 공익의 범문제화, 「서울대 법학」 47(3): 52-85.
- 김항규(2002). 행정에서의 합법성 이념과 헌법에서의 공익판단의 근거, 「한국행정논집」, 14(3): 557-579
- 박균성(2006). 프랑스 행정법상 공익개념, 「서울대 법학」 47(3): 27-51.
- 박세일(2006). 「공동선(공익)을 어떻게 찾아야 하는가?」 철학과 현실
- 백미숙(2008). 미국 초기 방송역사에서 ‘공익’개념의 사회적 결정요인, 1920-1925: 아마추어 ‘시민라디오’와 고출력 주파수 정책 사례분석을 중심으로. 「경제규제와 법」 1(2): 191-214.
- 백완기(1996). 공익에 관한 제학설의 검토, 「한국행정학의 기본문제들」, 서울:나눔출판.
- 윤인진(2008). 공익의식과 사회갈등, 「한국사회」, 9(1): 119-152.
- 이경원, 김정화(2011). 공공갈등과 공익의 재검토: 제주해군기지 건설 사례, 「경제와 사회」 89: 298-332.
- 이계만, 안병철(2011). 한국의 공익개념 연구: 공익관련 법률내용 분석을 중심으로, 「한국정책과학학회보」, 15(2).
- 이원우(2006). 경제규제와 공익, 「서울대학교 法學」 47(3): 89-120.
- 이원우(2008). 규제개혁과 규제완화: 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색, 「저스티스」 106호:355-389.
- 정상호(2007). 「공익과 사익의 조화를 모색하는 심의적 사회민주주의」, 시민사회와 NGO, 5(1).
- 정정길(2010). 「행정학의 새로운 이해」, 대명문화사.
- 정종섭(2011). 「헌법학원론」, 박영사.

- 정종섭(2011). 「헌법소송법」, 박영사.
- 최송화(2002). 「공익론」, 서울대학교 출판부.
- 최송화(2006). 법에 있어서의 공익: 공익의 법 문제화, 「서울대학교 法學」, 14(3).
- 한국형사정책연구원(1994). 음란물의 유해성과 그 규제실태에 관한 연구: 음란비디오에 대한 내용분석을 중심으로.
- 헌법재판소(2008). 「헌법재판실무제요」, 제1개정증보판, 헌법재판소.
- Southworth, A.(2005). Conservative Lawyers and the contest over the meaning of “Public Interest Law”, *UCLA Law Review*.
- Cohen, J.(1962). A Lawman’s View of the Public Interest, *The Public Interest*, 155-156
- Shaviro, D.(1990). Beyond Public Choice and Public Interest: A Study of the Legislative Process as Illustrated by Tax Legislation in the 1980s, *University of Pennsylvania Law Review*
- Anthony, D.(1962). The Public Interest: Its Meaning in a Democracy, *Social Research*, 29(1):1-36.
- Box, Richard C. (2007). Redescribing the public interest, *Social Science Journal*, 44(4): 585-598.
- Elcock, H. (2006). The public interest and public administration. *Politics*, 26, 101-109.
- Glaser, B. G. & Strauss, A.(1967). *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, Chicago: Aldine
- Glaser, M. A. (2012). “Social Equity and the Public Interest”. *Public Administration Review*. 72: S14-S15.
- Goodie,J., & Wickham.G. (2002). Calculating ‘Public Interest’: Common Law And The Legal Governance Of The Environment, *Social & Legal Studies*(200203)

- Schubert, G.(1960). Is There a Public Interest, The Public Interest, Glencoe.
- Sorauf, F. J.(1957). The Public Interest Reconsidered
- Herring, P.(1936). 「Public Administration and the Public Interest」 ,  
*Russel & Russel*
- Long, N. E.(1990). Conceptual Notes on the Public Interest for Public Administration and Policy Analysts, *Administration & Society*, 22(2): 170-181
- Kerlinger, F. N.(1973), Foundations of behavioral research(2nd ed.).  
New York: Holt, Rinehart and Winston
- King, S. M., Clinton. B.S., & Roberts. GE(2010), Reflection on defining the Public Interest, *Administration & Society*, 41(8): 954-978.
- Koliba, C. J. (2006). "Serving the Public Interest across Sectors: Asserting the Primacy of Network Governance." *Administrative Theory & Praxis* 28(4): 593-601.
- Palmer, J.(1982). An econometric analysis of the U.S. Supreme Court's certiorari decisions. *Public Choice* 39:387-398.
- Saggar, S.(2008). "Regulation, Equality and the Public Interest", *The Political Quarterly*, 79(1): 82-99.
- Farhang, S.(2009). Congressional Mobilization of Private Litigants: Evidence from the Civil Rights Act of 1991, *Journal of Empirical Legal Studies*, 6(1):1-34
- George, T. E., & Epstein, L.(1992). On The Nature of Supreme Court Decision Making, *American Political Science Review*
- Dahl, R. A.(1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court As a National Policy-maker, *Journal of Public Law*
- Pound, R.(1945). A Survey of Public Interest, *Harvard Law Review*

van der Wal, Z. (2009). "Public Value Privatized? The Need for a Continuous Emphasis on How to Actualize the Public Interest." *Public Administration Review*. 69(1): 166-167.

대법원 1971.6.22. 70다1010

헌재 1990.6.25. 89헌가98

헌재 1990.10.15. 89헌마178

헌재 1992.12.24. 92헌가8

헌재 1996.2.16. 96헌가2

헌재 1996.10.4. 95헌가1

헌재 1996.12.26. 96헌가18

헌재 1997.10.30. 97헌바37

헌재 1998.5.28. 95헌바18

헌재 1998.11.26. 97헌바31

헌재 1999.7.22. 98헌가3

헌재 1999.9.16. 99헌바5

헌재 2000.4.27. 98헌가16

헌재 2000.4.27. 99헌바58

헌재 2000.6.1. 99헌가11

헌재 2001.1.18. 98헌바75

헌재 2001.2.22. 2000헌가1

헌재 2001.3.15. 2001헌가1

헌재 2002.1.31. 2001헌가8

헌재 2002.8.29. 2000헌가5

헌재 2002.11.28. 2001헌가28

헌재 2002.11.28. 99헌바101

헌재 2002.11.28. 2001헌바50

헌재 2002.11.28. 2002헌바45

헌재 2002.12.18. 2002헌바12  
헌재 2003.6.26. 2002헌가14  
헌재 2003.6.26. 2001헌바31  
헌재 2003.7.24. 2001헌바96  
헌재 2003.12.18. 2002헌가2  
헌재 2004.3.25. 2002헌바104  
헌재 2004.6.24. 2002헌바15  
헌재 2004.8.26. 2003헌바81  
헌재 2004.9.23. 2004헌가12  
헌재 2004.10.28. 2003헌바70  
헌재 2005.4.28. 2003헌바73  
헌재 2005.5.26. 2004헌가6  
헌재 2005.5.26. 2004헌바27  
헌재 2005.10.27. 2003헌가3  
헌재 2005.12.22. 2003헌바88  
헌재 2005.12.22. 2004헌바25  
헌재 2006.1.26. 2005헌바18  
헌재 2006.4.27. 2004헌가19  
헌재 2006.7.27. 2003헌바18  
헌재 2006.7.27. 2004헌바20  
헌재 2006.11.30. 2004헌바86  
헌재 2006.11.30. 2005헌가20  
헌재 2007.1.17. 2005헌바75  
헌재 2007.3.29. 2004헌바93  
헌재 2007.5.31. 2007헌바3  
헌재 2007.6.28. 2007헌가3  
헌재 2007.7.26. 2006헌가9  
헌재 2007.8.30. 2004헌바49  
헌재 2007.10.4. 2006헌바91

헌재 2007.11.29. 2006헌바79  
헌재 2007.12.27. 2006헌바25  
헌재 2008.1.10. 2007헌마1468  
헌재 2008.4.24. 2004헌바47  
헌재 2008.4.24. 2004헌바92  
헌재 2008.5.29. 2006헌가6  
헌재 2008.7.31. 2005헌가16  
헌재 2008.10.30. 2003헌바10  
헌재 2008.10.30. 2007헌가17  
헌재 2008.11.27. 2004헌바54  
헌재 2008.11.27. 2005헌가21  
헌재 2008.12.26. 2007헌바128  
헌재 2009.5.28. 2007헌마369  
헌재 2009.7.30. 2008헌가1  
헌재 2009.9.24. 2007헌바108  
헌재 2009.9.24. 2008헌바75  
헌재 2009.11.26. 2008헌가9  
헌재 2009.12.29. 2006헌바13  
헌재 2010.2.25. 2008헌가23  
헌재 2010.2.25. 2009헌바38  
헌재 2010.3.25. 2009헌가27  
헌재 2010.6.24. 2007헌바101  
헌재 2010.7.29. 2008헌가19  
헌재 2010.7.29. 2009헌가8  
헌재 2010.7.29. 2009헌바197  
헌재 2010.10.28. 2007헌가23  
헌재 2010.12.28. 2008헌바157  
헌재 2011.2.24. 2009헌바89  
헌재 2011.3.31. 2008헌바141

헌재 2011.3.31. 2009헌바399  
헌재 2011.5.26. 2010헌바204  
헌재 2011.7.28. 2010헌바115  
헌재 2011.8.30. 2010헌가16  
헌재 2011.9.29. 2010헌바188  
헌재 2011.10.25. 2010헌바126  
헌재 2011.11.24. 2010헌가95  
헌재 2011.11.24. 2010헌바45  
헌재 2011.11.24. 2010헌바120  
헌재 2011.11.24. 2011헌바18  
헌재 2011.12.29. 2010헌바449  
헌재 2011.12.29. 2011헌바57  
헌재 2012.2.23. 2011헌가13  
헌재 2012.2.23. 2011헌바14  
헌재 2012.2.23. 2011헌바154  
헌재 2012.3.29. 2010헌바100  
헌재 2012.3.29. 2010헌바341  
헌재 2012.3.29. 2011헌바53  
헌재 2012.5.31. 2010헌가97  
헌재 2012.6.27. 2011헌바34  
헌재 2012.7.26. 2011헌바268  
헌재 2012.7.26. 2011헌바357  
헌재 2012.8.23. 2010헌가65  
헌재 2012.8.23. 2010헌바402  
헌재 2012.8.23. 2010헌바167  
헌재 2012.10.25. 2011헌바99  
헌재 2012.11.29. 2011헌바224  
헌재 2012.12.27. 2010헌가82  
헌재 2012.12.27. 2011헌바225



헌재 2012.27. 2012헌바47

헌재 2013.2.28. 2010헌바431

로앤비 <http://www.lawnb.com>

헌법재판정보 <http://search.ccourt.go.kr>

# Reinterpretation of the concept of public interest

Jeon Hye Lim

Public administration

The Graduate School of Public Administration

Seoul National University

The ultimate goal of public administration is public interest. Public administration is an activity to realize public interest. In recent years, with more emphasis put on personal freedom, the once popular Neo-liberalism and New Public Management theory are under criticism, and the number of people turning their attention to public interest has increased. The reason for understanding 'public interest' is because it is used as a basis for various value judgements such as policy making, policy evaluation, accountability and legitimacy.

The purpose of this study is to redefine the concept of 'public interest' by investigating into how 'public interest' is interpreted in Constitutional Court cases. The reason for this research is because there has not been much discussion with respect to the concrete meaning of public interest in areas such as law and public administration. Since decisions by the Constitutional Court are binding upon other governmental institutions, it is necessary to see how public interest is expressed in what terms. In my opinion, a research on public interest is meaningful because there is a need to use a concrete concept of public interest and recognize it as a realizable

value of this country's public administration and implement the policies accordingly.

For the method of analysis, qualitative research method is used to analyze the content. I also used four kinds of public interest (norm theory, substantiality theory, utility theory, process theory) categorized by Chungkil Chung with some minor modifications. The range of analysis includes unconstitutional law reviews and constitutional petition (remedy for a violation of right, judicial review) cases with reference to the term 'public interest' from September 1, 1988 when the Constitutional Court was first established to February 28, 2013. Out of the 1,266 relevant cases, 778 sample cases have been selected. The 778 sample cases have the characteristic of repeating certain phrases with respect to public interest, and these phrases will be classified according to the four kinds of public interests stated above.

The result of the analysis shows that the kinds of public interest in constitutional cases can be explained as follow: 16.97 % norm theory, 76.22% substantiality theory, 0.64% utility theory and 6.30% process theory. The result shows that unlike existing theoretical discussions which state that public interest can be explained based on process theory, public interest using substantiality theory is dominant in constitutional court decisions.

The three values emphasized in substantiality theory are the continuance, order and the development of the community. These values are consistent with the concept of 'national security, the maintenance of law and order, public welfare' under Article 37(2) of

the Constitution of the Republic of Korea. However, the meaning with respect to the continuance of the community for national security is expanded to include ① national security in a narrow sense, i.e. national defense (protecting the independence and territorial integrity of the state), ② maintenance of state institutions and systems established by the Constitution, ③ guaranteeing the functioning of the Constitution and Acts. Maintenance of law and order not only includes ① maintenance of law and order in a narrow sense, i.e. public security, but also justifies ② implementation of criminal law by the state, and ③ state intervention when legal disputes and confusion arise when left to individual autonomy in the private sector. Finally, public welfare is interpreted in a similar manner done by the Constitutional Court, which explicitly decided that Article 119 of the Constitution, and Article 23(3) of the Constitution which is used to justify public expropriation, are applied.

It can be concluded that public interest considered by the Constitutional Court mainly follows the substantiality theory based on Article 37(2) of the Constitution. However, because 'public interest' in itself is a vague concept, its meaning can only be determined in a specific law or situation, and this is justified by legislature's law making power. Therefore, while the legislative and administrative branches can apply the concept of public interest most applicable to a particular circumstance, both branches should consider the public interest of substantiality theory used by the Constitutional Court, which has an ex post influence over legislative and administrative measures.

Keyword: public interest, constitutional court, judicial review,  
constitutional appeal, community, Constitutional law

Student ID: 2011-22214